

T E S I S D O C T O R A L

LA GÉNESIS DE LA RELACIÓN BILATERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Doctorando: Javier Sánchez Sánchez

Director de Tesis.: Dr. D. Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho.

Universidad Carlos III de Madrid.

*A mi padre, Segundo, que ya no está;
a mi madre, Carmen, que aún está;
a mis hijos, Javier y Lidia, que están y estarán;
y a toda mi familia...que siempre ha estado.*

ÍNDICE

PRELIMINAR

- 1.- Estado de la cuestión: La relación de los derechos.
- 2.- Objeto de la tesis.
- 3.- Metodología.

PARTE PRIMERA.- LA GÉNESIS DE LA RELACIÓN BILATERAL DE LOS DERECHOS.

Capítulo 1.- El derecho y la justicia en la Antigüedad clásica.

- 1.- Grecia.
- 2.- Roma

Capítulo 2.- El *ius* en la Edad Media.

- 1.- Las primeras aportaciones.
- 2.- Teoría del Derecho y de la Justicia en Santo Tomás.
- 3.- Duns Escoto

Capítulo 4.- La elaboración doctrinal de Guillermo de Occam: el derecho subjetivo.

- 1.- Los hechos.
- 2.- El nominalismo.
- 3.- El conflicto jurídico y político.
- 4.-La controversia jurídica y el surgimiento del concepto de derecho subjetivo.
- 5.- La relación en el derecho elaborado por Occam.
- 6.- Evolución restrictiva: hacia la relación bilateral.

Capítulo 5.- La recepción del concepto de derecho subjetivo en el pensamiento católico.

- 1.- La historiografía de la Escuela de Salamanca.
- 2.- El pensamiento jurídico de los clásicos españoles.
- 3.- El concepto de derecho en Francisco de Vitoria.
- 4.- El concepto de derecho en Francisco de Suárez.

Capítulo 6.- El derecho subjetivo en el iusnaturalismo racionalista.

- 1.- Althusius
- 2.- Grocio
- 3.- Hobbes.
- 4.- Locke.

PARTE SEGUNDA.- LA CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN BILATERAL. EL ESTADO CONFORMADO.

Capítulo 1.- Las reflexiones filosóficas en los albores del Estado liberal.

1.- Francia:

- A.- Sieyès.
- B.- Los “cahiers de doléances”.
- C.- El periodo de la Asamblea Constituyente.

2.- Norteamérica.

- A.- El proceso hacia la independencia.
- B.- Thomas Jefferson.
- C.- Thomas Paine

Capítulo 2.- La proclamación de los derechos en las primeras Declaraciones.

- 1.- Los textos preparatorios.
- 2.- Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776.
- 3.- El nacimiento de los Estados Unidos
 - A.-La Declaración de Independencia de 1776
 - B.-Las primeras diez enmiendas a la Constitución norteamericana.
- 4.- Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Capítulo 3.- La estructura jurídica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en las declaraciones liberales.

- A.- La relación jurídica.
- B.- El sujeto activo o titular.
- C.- El sujeto pasivo u obligado.
- D.- La confusión entre el sujeto pasivo y el garante en las declaraciones liberales.

EPÍLOGO

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

PRELIMINAR.- El estado de la cuestión. La relación de los derechos.

Es hoy ya indudable que el derecho subjetivo es uno de los conceptos claves en la formación de la moderna Ciencia del Derecho y aun en el proceso de construcción del armazón teórico en el que se apoya el surgimiento de los Estados nacionales, primero al reconsiderar la posición del titular del poder político frente al derecho, reformulándose junto al concepto de ley y situando al monarca en posición creadora y no meramente interpretativa de los preceptos jurídicos, y segundo al concebirse como facultad inherente al ser humano con unos contenidos determinados que el Estado debe, en todo caso, respetar. El primero de los procesos está magníficamente ilustrado, entre nosotros, por José Antonio Maravall¹ y también, de forma más específica, por Antonio Truyol y Serra² y, más recientemente, por Gregorio Peces-Barba³, y en cuanto al segundo es sobradamente conocido al constituir la esencia argumental básica de las revoluciones liberales de finales del XVIII.

Pero si es cierto que ya nadie pone seriamente en duda estas circunstancias (al menos en cuanto a su desarrollo histórico) no lo es menos que ahí se detienen las coincidencias en torno al concepto de derecho subjetivo, surgiendo una disparidad de criterios y teorías ciertamente considerable que abarcan desde la misma existencia de tal concepto hasta su significado, pasando por su naturaleza y función. No es objeto de este trabajo realizar un estudio pormenorizado de las diversas teorías formuladas en el estudio del derecho subjetivo, existiendo en la literatura científica sobradas monografías al respecto, pero sí considero procedente realizar un detenido recorrido histórico para explicar adecuadamente el proceso de ensamblaje del concepto de "derechos humanos" en el armazón jurídico del derecho subjetivo con las primeras declaraciones liberales de derechos.

Tal vez la mejor forma de aproximarse al análisis del derecho subjetivo sea la contenida en las reflexiones efectuadas por Kelsen cuando señalaba que: "No se ha dado cuenta en absoluto de lo que debe proporcionar al jurista el buscado concepto

¹ MARAVALL, José Antonio. *Estado Moderno y Mentalidad Social*. Tomo II. Ediciones de la Revista de Occidente. Madrid, 1972. Págs. 405 a 439.

² TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2 volúmenes, Alianza Universidad. Madrid, 1989.

³ PECES-BARABA, G y FERNANDEZ GARCÍA, E. *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*. Dykinson, Madrid. 1998. Págs. 13 a 265.

de derecho subjetivo, de a cuál pregunta debe dar una respuesta"⁴. Por mi parte entiendo que se presentan dos problemas en el estudio del concepto, la naturaleza, el contenido y la función del derecho subjetivo; el primero es que no siempre se sabe lo que se busca, y el segundo -y a mi juicio, más frecuente- que no se *quiere decir explícitamente* lo que se busca. Esto último puede, tal vez, explicarse si se considera que con el concepto de derecho subjetivo se ha pretendido, en ocasiones, ofrecer una solución jurídica a problemas y planteamientos ajenos al mero ámbito jurídico y que proceden de otros campos, principalmente del político.⁵

No es que el concepto de derecho subjetivo pretenda formularse como un instrumento de juridificación de la política (lo cual ya sería de por sí motivo suficiente para suscitar diferencias y aun enfrentamientos doctrinales, como ocurre lógicamente en el ámbito del derecho público con el concepto de Constitución), sino que en este caso, entiendo que más que juridificar la política, lo que con la formulación de teorías en torno al concepto, naturaleza y contenido del derecho subjetivo se perseguiría más bien, sería disfrazar la verdadera naturaleza del debate, trasladando el mismo (consciente o inconscientemente, libre o forzosamente) del plano de la decisión política al ámbito de la definición jurídica, para propiciar mediante el tratamiento y manejo de las técnicas y mecanismos jurídicos, un cambio, variación, o al menos reflejo o incidencia, en la esfera política. A esta vocación responden, a mi juicio, la revisión occamista del concepto del derecho subjetivo respecto del *ius* romano, hábilmente explicada por Michel Villey, los intentos doctrinales de la escolástica española, primordialmente Vitoria y Suárez, para fundamentar jurídicamente la voluntad política que dirigía la colonización, el acomodo de los derechos liberales en el encaje formal del derecho subjetivo para auto arrogarse la burguesía triunfante mediante instrumentos jurídicos (normativos y judiciales) la facultad de representar a toda la comunidad y asumir el poder político en exclusividad y, como último ejemplo, la negativa a admitir a los derechos sociales, económicos y culturales como "verdaderos derechos" bajo la argumentación de su imposible encaje en la estructura del derecho subjetivo, esgrimiendo con ello un argumento "jurídico formal" pretendidamente neutro desde

⁴ Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, México, 1979, p. 223.

⁵ En este sentido, M^a del Carmen BARRANCO AVILÉS, afirma que "La polémica sobre la noción de derecho subjetivo en cuanto a su relación con los derechos fundamentales se refiere a su significado, por un lado, y a su utilidad, por otro"; en su obra *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Ed Dykinson, Madrid, 2000. Pág 271.

la valoración política.⁶ En este orden de cosas, Liborio HIERRO afirma que “el pensamiento jurídico contemporáneo ha desarrollado con lujo de detalles un determinado concepto de *derecho subjetivo*, apto al mismo tiempo para fundamentar la técnica jurídica del liberalismo económico, y para fundamentar *ciertos* derechos humanos, pero inadecuado para fundamentar filosóficamente y para desarrollar técnicamente *otros* derechos humanos. Y ese preciso concepto no ha sido solo inadecuado, sino que se ha convertido en un obstáculo teórico contra cualquier intento de formular una teoría nueva de los derechos”.⁷

Cualquiera que sea la definición que pueda darse del concepto de derecho subjetivo de entre las muchas existentes en el panorama doctrinal, tanto civilista⁸, como iusfilosófico, donde destaca la magnífica síntesis realizada por Juan Ramón de Páramo⁹ entiendo que, hoy por hoy, admitiendo la simplificación que ello representa, al utilizar la expresión “derecho subjetivo” estamos haciendo referencia, fundamentalmente a dos aspectos:

1º) A una facultad, a un poder de disposición que le corresponde a un sujeto respecto de una cosa y/o frente a otro u otros sujetos y que el primero puede esgrimir ante los tribunales de justicia, *puede hacer valer en juicio*, obteniendo así la protección y ayuda del poder coactivo estatal para satisfacer su pretensión¹⁰.

⁶ BARRANCO AVILÉS, M.C. (Op. Cit., Pág 263), afirma: “Desde la mentalidad liberal, la imposición de deberes positivos se entiende con una restricción a la libertad del obligado, por lo que, como parte de la polémica sobre el carácter de derechos subjetivos de los derechos fundamentales, se plantea también el problema de la fundamentalidad de los llamados *derechos sociales*. Además, con el aspecto indicado, la cuestión de los derechos sociales aparece implicada en toda una serie de temas que tienen que ver con la conceptualización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. En los extremos las respuestas niegan el carácter de subjetivos a los derechos fundamentales para salvar el carácter fundamental de los derechos sociales, o niegan el carácter fundamental de los derechos sociales para salvar el carácter de derecho subjetivo de los derechos fundamentales”.

⁷ HIERRO, L. “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto. *Sistema*, nº 46. 1982, Pág 46.

⁸ Véase a título de ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Vol. 2º*, Madrid, 1982, Págs. 25 a 38.

⁹ DE PÁRAMO, Juan Ramón. “Derecho Subjetivo”, en la obra colectiva *El Derecho y la Justicia*, Edición de E. Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

¹⁰ Esta cualidad se incluye, al menos parcialmente, formando parte de todas las definiciones científicas del concepto del derecho subjetivo, desde la de Kelsen “el derecho subjetivo en sentido específico es el poder *jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente*” (Teoría General del Derecho y del Estado, UNAM, México, 1979, pág. 269), o las clásicas de Windscheid, “*un poder de voluntad o una dominación de voluntad conferido por el orden jurídico*” (Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt, 1906) o la referencia al aspecto formal de “*protección de la demanda*” que hizo Ihering (Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung; Leipzig, 1906), pasando por la concepción del derecho subjetivo como *pretensión* o incluso como *potestad jurídica* en Hohfeld (Conceptos jurídicos fundamentales, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968) hasta las más modernas precisiones de Feinberg, que considera los derechos como “*pretensiones válidas contra*” (Rights, Justice and the Bonds of Liberty, Princenton

2º) A la circunstancia de que la facultad o poder con que cuenta un sujeto lo tiene precisamente por su condición de ser humano, al margen, por el momento, de que respecto de tal facultad el ordenamiento jurídico realice exclusivamente una función de mero reconocimiento o de atribución¹¹.

Aunque ambos aspectos suelen presentarse de forma conjunta y simultánea, como inherentes al propio concepto de derecho subjetivo, lo cierto es que no es en modo alguno necesario que conceptualmente se den en esa disposición, pues cada uno responde a planos distintos (al de la eficacia el primero, al de la fundamentación el segundo)¹² y, además, surgen históricamente en momentos diferentes (con la obra de Occam el primero y con Locke, principalmente, el segundo, que hunde sus raíces en las formulaciones del Juez Coke)¹³.

Conviene recordar en este momento una de las confusiones sobre las que alerta Carlos Santiago NINO entre las condiciones nomativas y las condiciones materiales de los derechos, según la cual “las libertades que son realizadas en normas tienen prioridad sobre las libertades que están asociadas con las condiciones del ejercicio efectivo de las primeras”.¹⁴

University Press, New Jersey, 1980), así como también, de alguna manera, en la famosa concepción de Dworkin, de los derechos como *triunfos* frente a la colectividad (en “Rights as Trumps, en J. Waldron (ed) *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1989). En un sentido similar, E. Bucher, considera que “El derecho en sentido subjetivo es una competencia para crear una norma, conferida al titular del derecho por el orden jurídico”. (*Das subjektive recht als Normsetzungsbefugnis*, Tubinga, 1965, pág 55)

¹¹ Esta segunda cualidad se encuentra, implícita o explícitamente, en las definiciones formuladas en la concepción *substantial* de Ihering que hace referencia a la utilidad, ventaja o ganancia que proporciona el derecho a su titular (obra citada en nota anterior), en la síntesis de Ennecerus/Nipperdey, al considerar al derecho subjetivo como “*un poder jurídico que le es conferido al individuo por el orden jurídico; (que) por su finalidad es un medio para la satisfacción de los intereses humanos*” (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Tübingen, 1960), así como en las consideraciones de que a través de los derechos, *los sistemas normativos buscan la realización de algo en interés de la persona a la que se atribuyen*, elaboradas por McCormick (Children’s rights: A Test Case for Theories of Right, ARSP 62, 605-17; 1976) y por Laporta (Sobre el concepto de derechos humanos, Doxa, 4, 73-46, 1987), o en la muy precisa definición de Carlos Santiago Nino, al afirmar que “*se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a la clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso*”. (Ética y derechos humanos, Barcelona, 1989, p. 39).

¹² Una distinción entre los enfoques normativo, empírico y analítico, ha sido desarrollada brillantemente por Robert ALEXY en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹³ Vid “Los derechos naturales en la filosofía política de Locke”. En PECES-BARBA, G y FERNÁNDEZ GARCÍA, E, *Op. Cit.*, Págs. 601-636.

¹⁴ C.S. NINO, “Los derechos sociales”, en M. Carbonell, J.A. Cruz Parcerio y R. Vázquez (comps). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000. Págs 137 y siguientes.

2.- Objeto de la tesis.

Solicitando excusas por la simplicidad de las acepciones expuestas sobre el concepto de derecho subjetivo, considero que, a pesar del riesgo que ello implica, es preferible utilizarlas en este momento sin comprometerme precipitadamente con ninguna de las actualmente perfiladas, porque ello me permite iniciar, sin grandes cortapisas, el recorrido histórico al que se ha hecho mención más arriba, contando tan sólo para ello con un mínima idea de aquello cuya génesis y evolución se va a analizar, aceptando en todo caso la genérica definición que entraña la segunda de las acepciones que Pérez Luño realiza de los derechos subjetivos como “instrumento jurídico dirigido a la tutela de las facultades y valores individuales”.¹⁵

En el trayecto que se inicia en la antigüedad griega y finaliza con el triunfo de las revoluciones liberales, el concepto del derecho subjetivo (aunque inicialmente diluido en el orden social) así como la estructura de la relación jurídica que genera y fundamenta, se va a ir adaptando a las necesidades de la concreta sociedad a la que ha de servir para el mejor despliegue de sus demandas económicas y políticas.

Se tratará así de demostrar que no existe una estructura necesaria del derecho subjetivo ni de la relación jurídica que alumbra, sino que tanto la una como la otra son fruto de la construcción intelectual que los diferentes teóricos y políticos han formulado para facilitar el más amplio desarrollo de las sociedades en las que habían de operar. Se afirmará así que oponer la necesaria relación jurídica bilateral de los derechos para impedir el encaje de los derechos sociales en el marco del derecho subjetivo constituye una falacia. En este sentido, cabe traer a colación la reflexión de ANSUÁTEGUI ROIG, cuando afirma que “de la misma manera que no es neutral el planteamiento que tiende a la potenciación y profundización de determinados derechos en el marco del Estado social, tampoco es aséptico y desinteresado aquel otro que, subrayando determinados perfiles de los derechos sociales, elabora un discurso que los relega en relación con otros”.¹⁶ En la misma

¹⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 569. Con quien modestamente me idéntico (y a ello responde en gran medida este trabajo) en su “empeño discursivo por defender la inserción de los derechos sociales en el catálogo de los derechos fundamentales, y por mostrar, en suma, que los derechos sociales son auténticos derechos fundamentales”.(Op. Cit. Pág. 570)

¹⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en *Revista de Derecho del Estado*, nº 24, julio 2010. Madrid, pág 44.

línea cabe situar la afirmación de REY PÉREZ cuando señala que “normalmente se suele considerar a los derechos sociales como imperfectos, incompletos o de difícil realización”.¹⁷

El concepto de derecho subjetivo, como el ordenamiento jurídico en su conjunto, responde a las reales situaciones y flujos de poder económico y político sobre los que se construye y asienta una sociedad concreta. Al final del trayecto veremos que, con el triunfo de las revoluciones liberales de fines del siglo XVIII, la burguesía, clase intelectual y económicamente dominante, decide “encargarse de sí misma” y encomienda al aparato del Estado-nación su defensa frente al resto de los grupos sociales, así como el mantenimiento en su seno de las reglas del juego que ella misma se ha dado.

Hoy en día, con el desmoronamiento de los estados nacionales, el surgimiento de la sociedad de flujos, certeramente descrita por CASTELLS y la globalización económica, técnica, social y cultural, creo que se avecina el proceso en el que “todos tendremos ineludiblemente que hacernos cargo de todos”, sin exclusiones, elaborando mecanismos y políticas de integración efectiva de los distintos grupos y colectivos sociales.

Como recuerda Luis F. AGUILAR VILLANUEVA desde el análisis de las políticas públicas, es a partir del último tercio del siglo XX cuando se plantean doctrinalmente “las preocupaciones sobre el futuro y la viabilidad de las democracias de las economías industrializadas y Estados sociales del bienestar”¹⁸.

¹⁷ REY PÉREZ, J. Luis. “La naturaleza de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, n° 16, época II, enero 2007, Madrid, pág 137.

¹⁸ AGUILAR VILLANUEVA, Luis. F. “Los perfiles de la Gobernación y la Gestión Pública al comienzo del siglo XXI”, *POSTData*, n° 8, septiembre 2002. (<http://www.revistapostdata.com.ar>) Pág.9. Señala el profesor Aguilar que en el libro *The Crisis of Democracy: report on the governability of democracies to the Trilateral Commission*, (de Crozier, M.S. Huntington y V. Watanuki, New York University Press, 1975), aparece por primera vez el concepto de la “sobrecarga”, que logrará difusión mundial y que será la base para las tesis del ajuste fiscal y de la reforma neoliberal de los gobiernos con problemas inmanejables de déficit fiscal. Por “sobrecarga” se entiende la desproporción existente entre las demandas sociales, estimuladas por la expansión democrática de la participación ciudadana y los activismos de los partidos políticos, y los recursos públicos disponibles y la autoridad política de los gobiernos para poder darles respuesta, lo cual tiene como efecto desequilibrar (inflacionar) la economía y desestabilizar el régimen político. La propuesta práctica, que se desprenderá lógicamente de la propensión de la democracia social a la crisis, consistirá en la necesidad de reducir la demanda social e incrementar la oferta o la capacidad de oferta de los gobiernos democráticos mediante varios instrumentos de política hacendaria y económica.

El mantenimiento y respeto de las nuevas reglas que se precisan a todos igualmente nos corresponderá, para lo cual habremos de concebir y diseñar nuevas instituciones públicas que conjuguen en su seno, adecuadamente, los requisitos y procedimientos oportunos de representación democrática y de efectividad técnica. En el ámbito de la organización política asistiremos, sin duda, al nacimiento de nuevas formas de personificación pública, y en el ámbito de la regulación jurídica creo que una de las vías de evolución será la que abra paso a la configuración de una *relación trilateral* de los derechos, tanto en su concepción como en su ejercicio, con una muy especial y necesaria influencia sobre los que hoy conocemos como derechos económicos, sociales y culturales.

Así pues, como hemos dicho, el presente trabajo pretende, con toda humildad, aportar una nueva vía de reflexión en esta línea, desde el análisis histórico y jurídico del proceso que propició una configuración bilateral en la estructura de los derechos subjetivos como la técnica más adecuada para la proclamación y garantía de los derechos fundamentales en la formación de la arquitectura institucional del estado liberal de dimensión nacional. Aunque, como al final veremos, con una concepción amplia y variable del término “bilateral”, en realidad más tendencial que definitorio. Asimismo, su finalidad implícita y consecuente será la de afirmar que ningún elemento ontológicamente necesario en el concepto del derecho subjetivo impide una configuración *trilateral* de la estructura que genera, de tal manera que con ello se facilite la inclusión en el mismo de los derechos sociales, económicos y culturales; es más, como veremos, la señalada trilateralidad no es nueva y, de hecho, ya se ha formulado en alguna ocasión en el devenir histórico que estudiaremos. En esta estructura trilateral, un nuevo papel, el que podríamos identificar como *garante*, será desempeñado por el poder público, en sus diversas personificaciones, con independencia de quién ocupe casuísticamente la posición de obligado.

Esta conclusión vendría a reforzar, desde una perspectiva histórica, la corriente seguida, entre otros, por GARCÍA MANRIQUE que, en relación con los derechos sociales, afirma: “cabe pensar que nos hallamos ante una categoría que se desvanece, porque no subsiste rasgo típico alguno que caracterice a los derechos

sociales; por el contrario, sus rasgos relevantes son compartidos también por los demás derechos fundamentales.”¹⁹

3.- Metodología.

La metodología seguida ha sido la propia de las ciencias sociales, fundamentada en la lectura de los tratados genéricos sobre filosofía política e historia de las ideas, durante los periodos estudiados, así como los específicos sobre aspectos determinados relevantes referidos a los conceptos de “ius” o relación jurídica”.

Se ha utilizado tanto el enfoque cuantitativo como el cualitativo, con predominio del primero en la exposición de los textos de las declaraciones liberales de derechos y con mayor énfasis del segundo en el resto de los apartados.

En cuanto al enfoque, en relación con el objeto de investigación descrito en el apartado anterior, se ha seguido una técnica descriptiva y correlacional, analizando el comportamiento de los conceptos estudiados (*ius*, derecho subjetivo, relación jurídica) a lo largo del tiempo sobre el que se ha proyectado el estudio, desde la antigüedad clásica a las revoluciones liberales.

Se ha formulado una hipótesis provisional en la exposición del objeto de la tesis, de forma muy básica, que se ha tratado de confirmar en las conclusiones, sobre los datos históricos expuestos y las teorías analizadas.

Se han consultado, en la categoría de fuentes, trabajos y obras de los autores estudiados, así como las críticas posteriormente realizadas sobre ellos.

Los documentos primarios han sido estudiados y analizados fundamentalmente a través de sus versiones digitales ofrecidas por sitios oficiales de reconocido prestigio como la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos o los servicios documentales de la Asamblea Nacional Francesa. Todo ello se detalla y especifica en las correspondientes notas al pie de página.

¹⁹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Los derechos sociales como derechos subnativos, en *Derechos y Libertades*, número 23, época II, junio 2010, pág 73.

Con el material señalado se realiza un estudio histórico diacrónico en su conjunto, pero sincrónico en su análisis concreto, de manera que se intenta descubrir los elementos sociológicos, ideológicos, políticos, económicos y jurídicos que han originado una determinada concepción del derecho subjetivo en cada una de las épocas estudiadas (vertiente sincrónica) y se trata de exponer las causas y consecuencias del paso evolutivo de una época a otra (vertiente diacrónica).

PARTE PRIMERA. LA GÉNESIS DE LA RELACIÓN BILATERAL DE LOS DERECHOS.

Capítulo 1.- El derecho y la justicia en la Antigüedad clásica.

No parece muy descabellado intentar rastrear el concepto del derecho subjetivo en la antigüedad clásica partiendo de las significaciones más aproximadas que en relación al mismo podemos descubrir en el derecho romano, toda vez que este sistema jurídico es el que ha ejercido una mayor influencia en la formación de los derechos nacionales europeos. Ello, no obstante, obliga a adentrarnos como primer paso en el estudio del pensamiento jurídico griego por encontrarse ya en éste los conceptos nucleares sobre los que se desarrolló la reflexión jurídica romana. Todo ello se expondrá de forma muy somera, con la sola intención de proporcionar el necesario sustrato de antecedentes para una más completa comprensión de la importancia de la revisión llevada a cabo por Guillermo de Occam en la baja Edad Media.²⁰

Los significados que, en la actualidad, se suelen atribuir al concepto de derecho subjetivo, a pesar de ser un término de múltiples acepciones, pueden reconducirse en líneas generales, en el marco de lo arriba apuntado, a la clásica definición de VILLEY como "el poder jurídico que pertenece a una persona contra otras respecto de un determinado concepto" y ello permite centrar nuestra investigación en torno al término latino de "*ius*", del que derivará el de "*iustitia*" y que

²⁰ Es esencial para un adecuado conocimiento del desarrollo histórico de los derechos la obra del profesor Antonio TRUYOL Y SERRA, antes citada, *Historia de la Filosofía del Derechos y del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1998.

hunde sus raíces en las concepciones político-jurídicas, sociales y filosóficas del mundo griego.

1.- Grecia.

El pensamiento jurídico griego se encuentra lógicamente subsumido en las coordenadas del conjunto de toda su construcción intelectual. El griego comienza su reflexión filosófica a través de la mera contemplación del mundo físico que le rodea, atribuyendo a los objetos que en él se encuentran y a las relaciones que descubre entre los mismos, un carácter de norma general incuestionable que regula el funcionamiento del universo todo, proyectando además tal orden de consideraciones al ser humano y a las relaciones que el mismo despliega en la sociedad; es un pensamiento de tipo prelógico. En palabras de Fernando PRIETO: "todo el ámbito de la experiencia es una realidad sometida al poder irresistible -frecuentemente también es un poder caprichoso- de los dioses"²¹. Nos situamos así en una fase de pensamiento mítico, en la que se gestarán las primeras formulaciones de los conceptos religiosos, sociales, políticos y jurídicos.

Es necesario antes de nada recordar que como, señala WOLF, no puede hablarse con propiedad de un pensamiento jurídico griego desde un punto de vista dogmático, más allá de voluntaristas simplificaciones actuales, ya que en realidad "los griegos nunca intentaron penetrar en la esencia fundamental o en las implicaciones de sus propias instituciones. Jamás se escribió nada que tratara de aclarar las consecuencias prácticas de aquéllas mediante un método casuístico semejante al de los romanos. Ni siquiera hay un ensayo –lo que quizá pudo haber sido más propio de la mentalidad griega- de presentar una visión sistemática del derecho mediante un análisis dialéctico"²²

Los poemas homéricos son la fuente literaria en la que más tempranamente se puede descubrir el alcance del primer pensamiento griego en sus coordenadas mitológicas en relación con la justicia, a través de tres personificaciones: *themis*, *diké* y *dikaiosyne*, aunque acabaría imponiéndose la segunda sobre las otras dos. La

²¹ PRIETO, Fernando. *Manual de Historia de las Teorías Políticas*. Unión Editorial, Madrid, 1996. Pág. 22.

²² WOLF, H.J.- *La Historia del Derecho griego: su función y posibilidades*. Texto pronunciado en varias universidades españolas en noviembre de 1975. Una versión inglesa de ésta se publica bajo el título *Greek Legal History. Its functions and potentialities*. Whasintong University Law Quaterly (St Louis, Missouri, USA)

Diké se utiliza ya en la *Iliada* por boca de Ulises como criterio diferenciador entre la barbarie y la civilización, como nos recuerda Elio A. GALLEGO²³. Por su parte, Hesíodo en su *Teogonía* señala que Diké, hija de Zeus, tiene la misión de defender la convivencia pacífica entre los hombres, y en *Los trabajos y los días* incidirá nuevamente en la justicia como línea diferenciadora entre las ciudades decadentes y las justas, señalando que sólo en éstas puede reinar la paz y la abundancia como premio de Zeus que a su vez castiga con desastres a aquellas en las que se producen injusticias tanto del individuo como de la colectividad.

Comienza así a perfilarse la idea de justicia como *orden propio de los humanos* al que las posteriores reflexiones de los filósofos cosmológicos, como Anaximandro, Heráclito o Parménides, atribuirán además un sentido objetivo. Para ellos lo que está fuera de la justicia está fuera del concepto de lo humano; es lógico que, si lo humano se define precisamente por estar regido y gobernado por la justicia, ésta no pueda ser una creación o invención de los hombres sino, antes bien, sean éstos lo que alcancen su propia naturaleza cuando se sitúan bajo sus presupuestos. La justicia es algo ajeno, exterior y superior al hombre, que tan sólo puede aspirar a descubrirla para vivir de acuerdo con sus preceptos. Se producen así las primeras formulaciones del objetivismo normativo con las iniciales consideraciones del mismo concepto de justicia. Como apunta con acierto GALLEGO, "su concepto del orden posee un sentido fuerte, metafísico, de tal manera que no cabe hablar de un orden equivocado o injusto, porque ello equivaldría a hablar, precisamente, de un no orden, de un des-orden. El orden -la *diké*- es concebido por ellos como un principio objetivo inherente a la naturaleza divina de las cosas.", en el mismo sentido señala HERVADA que "en tanto que el derecho y la justicia constituyen la médula del orden social, *diké* fue usada por los primeros filósofos griegos -transponiendo al mundo general las categorías sociales- para designar el orden cósmico (Anaximandro, Heráclito), el orden de los seres (Parménides) y también el orden social de la Polis; en el plano personal, este orden o armonía era la bondad moral. Con ello la *diké* o justicia adquirió un sentido objetivo como el orden o la armonía".²⁴

²³ GALLEGO, Elio A. *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*. Ed. Dykinson, Madrid, 1996. Pág. 22.

²⁴ HERVADA, J. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. EUNSA, Pamplona, 1991. Págs. 106 y 107.

Como señala Ledesma URIBE, “ya en Hesíodo, *Diké*, la hija de Themis, encarna la justicia al lado de sus hermanas *Eunomia*, la buena ley que lleva al verdadero orden y *Eirene*, la paz, fin supremo de la comunidad humana que supera en mucho a lo que aporta la justicia. Empero sin la aportación de *Diké* es imposible que fructifique la labor de sus hermanas. Es con Hesíodo con quien comienza la ciencia de los buenos dioses, los dispensadores del bien. En su obra *Themis* se desvanece y le cede el lugar protagónico a *Diké* que es ahora la portadora del Derecho que *Zeus* envía a los mortales” ²⁵

Esta primera aceptación natural del orden establecido en un mundo, un cosmos descubierto, es puesta en cuestión por primera vez por los sofistas en el paso del período cosmológico al antropológico. A través de la técnica argumental y dialéctica los sofistas alcanzan un alto grado de racionalización combatiendo la mentalidad tradicional y su legitimidad como principio de organización social. Se comienza a abandonar el sentido de colectividad ordenada mediante reglas externas e ineludibles y se alaban las capacidades del individuo para organizar su propia existencia; ello supone el inicio del individualismo y el principio del fin de la *polis* basada en un fuerte sentimiento de colectividad. Las normas de ordenación social hasta entonces aceptadas por su universalidad son cuestionadas al descubrir que las mismas en realidad no son tan universales, sino que varían de una *polis* a otra, e incluso en una misma *polis*, de una a otra época; la regla de convivencia natural e incuestionable aparece ahora como una mera convención y queda planteado en sus primeras fases el eterno debate entre objetivismo y voluntarismo.

Esta evolución conceptual tiene sus repercusiones en el objeto de nuestro estudio; en efecto, si nos situamos en un escenario de organización social basada en el principio de la libre decisión de todos los individuos (lo que sostienen los sofistas de la primera fase, es decir, los anteriores a la guerra del Peloponeso) la igualdad de derechos puede llevar a la competencia ilimitada y a la guerra de todos contra todos para imponer cada uno su propia decisión, si ello no ocurre así es precisamente porque, como apunta Protágoras de Abdera, se produce una intervención de Zeus que otorga a los hombres el sentido de la justicia. Como vemos otra vez aparece la justicia como umbral de la civilización, aunque con una notable

²⁵ LEDESMA URIBE, JJ.- Buscando la intimidad del concepto de “Ius”. En Cultura Jurídica, nº 1. Unam. 2010, pág 166

diferencia, ya que ahora no se inserta en el orden cósmico universal cognoscible mediante técnicas diversas (reservadas a unos iniciados) sino que se sitúa en el mismo corazón del hombre, de todos y cada uno de los individuos que componen la comunidad. Se podría decir, aun a riesgo de simplificar en exceso y con las debidas salvedades, que por primera vez la idea de justicia (por entonces idéntica a la del derecho) se *subjetiviza*. Esta dualidad y oposición entre naturaleza y convención será objeto de reflexión en las obras de otros sofistas como Antifón, Trasímaco y Calicles²⁶, cuyo detallado examen escapa del ámbito de este estudio.

Sócrates, que si en un primer momento se alía con los sofistas luego decide combatirlos, pretende resolver el hipotético conflicto de la guerra de todos contra todos no mediante la intervención generalizada del sentido de la justicia en todos los individuos, sino pura y simplemente mediante el triunfo de los más fuertes sobre el resto. Sócrates pretende salvar la concepción comunitaria de la *polis*, respecto de la que la solución consensual de los primeros sofistas actúa como un enérgico disolvente, pero no puede partir ya de un orden externo incuestionable, sino, acorde con su formación humanista y antropológica, de la capacidad del individuo para organizar su propia existencia y la de la colectividad. Ahora bien, no de todos los individuos sino sólo de los mejor preparados; se trata de una colectivización individualista. La comunidad se organiza política y socialmente mediante un pacto previo entre la *polis* y el ciudadano, aquélla es un dato con el que éste se encuentra y que no funda; en virtud de ese pacto el ciudadano se somete a las reglas de la *polis*, incluso cuando éstas sean injustas, siempre y cuando la injusticia no afecte a terceros.²⁷

Esta concepción revela la existencia en el pensamiento socrático de un orden normativo superior al legal respecto del que se efectúa el contrato de "justicia" y a la vez una prioridad del orden legal respecto del orden de la justicia cuando se produce oposición entre ambos, con una sola excepción: que la injusticia no afecte a terceros. Es posible que la distinción entre las consecuencias de la injusticia cuando ésta recae en un individuo o en los terceros radique en la fuerza vinculante del pacto, ya que como el pacto es individual el individuo ha de soportar las

²⁶ PRIETO, Fernando, *Op. cit.* Págs. 28 y 29.

²⁷ Esta doctrina socrática se encuentra expuesta en diversos pasajes de distintos Diálogos de su discípulo. Como ejemplo, véase PLATÓN. *Diálogos*, Tomo I, Critón, págs. 68 y 69, y Tomo II, Gorgias, págs. 65 y 66. Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.

consecuencias del mismo (incluso cuando le sean perjudiciales y contrarias al orden justo) pero no tiene porqué soportarlas cuando perjudican a un tercero ya que él no ha intervenido en el pacto entre ese tercero y la *polis*. Si ello puede parecer en principio una elevada consideración de la propia dignidad del individuo, tomando en serio hasta sus últimas consecuencias las decisiones por él adoptadas, no parece que dicha consideración pueda compartirse cuando se permite la intervención frente a las injusticias que sufren los demás (se supone que incluso contra su propia voluntad), pues ello significaría situar en menor consideración las decisiones de éstos.

En cualquier caso y al margen de eventuales contradicciones, lo cierto es que en el pensamiento socrático aparecen ya los rasgos necesarios para poder construir el armazón del derecho subjetivo -que no llegará sin embargo a cristalizarse-: de un lado un orden normativo objetivo (natural y legal) y de otro una serie de derechos individuales que el orden legal no puede llegar a vulnerar, si no es cometiendo injusticia. Parece lógico afirmar entonces que en Sócrates los derechos individuales, personales, subjetivos se definen por el orden natural, pues es el que sirve de contraste, en caso de conflicto, con el legal.

Un salto cualitativo, que no tendría seguimiento en la evolución del pensamiento griego, se produce con el movimiento cínico (Antístenes, Diógenes) que, desde postulados estrictamente individualistas, niega la existencia de orden natural o legal alguno y erige como único criterio de organización social la propia sabiduría personal, que lleva al sabio cínico a la renuncia de todos derecho o privilegio social (propiedad, matrimonio, familia). Su incidencia en la evolución filosófica y política griega fue muy escasa; si se citan es tan sólo a efectos de poner de relieve que el concepto de renuncia presupone el reconocimiento implícito de la capacidad del individuo para ser titular previamente de aquellos derechos respecto de los que formula la renuncia.

La subsiguiente reflexión platónica del derecho se vierte principalmente en *La República* y en *Las Leyes*.²⁸ Platón formula un pensamiento dualista que se conservará a lo largo del tiempo como el modelo típico del objetivismo idealista. Es conocida su famosa alegoría de la caverna en la que considera a los hombres como

²⁸ PLATÓN. *Diálogos. Tomo V*. Biblioteca Básica Gredos. Madrid, 2000.

seres recluidos en el seno de una cueva que sólo atisban a vislumbrar sombras que no son sino el reflejo de las verdaderas esencias que se encuentran en el exterior. Entiende el universo compuesto de ideas puras de las que en la tierra sólo se proyectan reflejos; de este modo, todo ente realmente existente no es sino el reflejo imperfecto de una idea perfecta.

Dentro de esta construcción general la justicia tiene a su vez dos formulaciones, la pura, perteneciente al mundo ideal, y la humana, que tiende a la semejanza con la primera y que se inserta en el interior de cada humano. La justicia ideal es la responsable del orden y la armonía cósmica (se vuelve aquí a la reflexión cosmológica) y por ello la justicia humana es aquella virtud que persigue la armonía y el orden social, situando y conteniendo a cada individuo dentro de sus propios límites, es decir, disponiendo que cada cual desempeñe su propia función, se identifica así la justicia con "aquella virtud por la cual todos los ciudadanos, mujeres, niños, hombres libres, esclavos, artesanos, magistrados y súbditos, se limitan cada cual a su empleo, sin intervenir en los ajenos". Con tal formulación de la *dikaion*, término griego que comprende tanto el de "derecho" como el de lo "justo", desaparece cualquier rasgo identificador de un derecho subjetivo; la justicia consistirá en atribuir a cada uno su parte, *suum cuique tribuere*, no porque nadie tenga derecho a ella sino simplemente porque así se encaja cada pieza en el orden social que tiende a ser reflejo de la armonía cósmica²⁹. En consecuencia, no existe ningún derecho individual que pueda oponerse a los mandatos de la ley positiva (reflejo de la legislación ideal o natural) y por lo tanto se impone una estricta y rigurosa obediencia de la ley. He aquí la gran paradoja del pensamiento jurídico platónico, agudamente señalada por Villey: "*Il est remarquable que Platon, parti de si haut, se trouve échouer en fin de compte une sorte de positivisme juridique assez grossier*"³⁰.

Será con Aristóteles con quien asistamos a la primera gran elaboración práctica del concepto de justicia y del de derecho. Desde una posición menos ideal que la de su maestro y más apegado a la realidad (*amicus Plato, sed magis amica*

²⁹ GÓMEZ ROBLEDO, A. *Meditaciones sobre la justicia*. FCE, México, 1963, pág. 34.

³⁰ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed. Montchrestien, Paris, 1968. Pág. 34.

veritas) expondrá en la *Ética a Nicómaco* y en *La Política* un sistema iusfilosófico llamado a tener una notable influencia y proyección en la posteridad.³¹

Dejará de aproximarse a la justicia en busca de su esencia y definirá la misma en función de sus efectos, afirmando que es "la virtud por la que cada uno tiene lo propio, y según ley". Nos movemos aún, sin embargo, en el parámetro de la justicia reglada, entendida como norma, como ley cuya aplicación determina qué es lo propio de cada cual. Ahora bien, esta definición servirá para diferenciar el concepto de justicia del de derecho (lo propio), de tal forma que el derecho no será otra cosa que el objeto de la justicia.

Como indica Enrique SERRANO: "En oposición a Platón, Aristóteles comienza por advertir, al igual que lo había hecho en su análisis del concepto de Bien, que la noción de justicia se utiliza con diversos significados. Su estrategia para determinar estos significados consiste en establecer los distintos usos del adjetivo injusto. De esta manera, advierte que llamamos injusto tanto al transgresor de la ley (*paranomos*), como al codicioso (*pleonektês*), esto es, aquél que atenta contra la igualdad, al exigir más de los bienes y menos de los males que le corresponden. Esta vía negativa permite definir dos sentidos centrales del término justicia. En un primer sentido, justicia es, en cierto modo, lo legal y, en un segundo sentido, es el respeto a la igualdad o, para ser más precisos, aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas. Al primer sentido se lo ha denominado justicia universal o general (*iustitia legalis sive universalis – sive generalis*), al segundo justicia particular (*iustitia particularis*).

Ambos tipos de justicia implican dos aspectos estrechamente ligados: un aspecto objetivo (*dikaion*), que remite a procedimientos e instituciones, y un aspecto subjetivo (*dikaiosynê*), el cual se refiere a un modo de ser (*hexis*), caracterizado por un comportamiento consciente de respeto a las normas inherentes a los procedimientos e instituciones. Este segundo aspecto implica que las dos modalidades de justicia son ejemplares del género de la virtud (*aretê*), que comparten la diferencia específica de tener como objeto la relación con los otros, esto es, "*la justicia es la única de las virtudes que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro sea gobernante o*

³¹VILLEY, M, *op.cit.* Pág.36

compañero". La justicia es la virtud social por excelencia. Aquello que distingue a dichos tipos de justicia consiste en que, mientras la justicia universal trata del conjunto de las relaciones sociales, es decir, del bien común; la justicia particular se enfoca a las relaciones de intercambio entre individuos dentro de la comunidad. Aristóteles afirma que la justicia universal representa la suma de las virtudes en las relaciones sociales; en cambio, la justicia particular es una parte del total de las virtudes, que tiene como objeto la distribución e intercambio de bienes, así como la violación de las normas que presiden dichas actividades."³²

Como vemos, la justicia particular es a la postre un concepto de justicia claramente tributario aún de su anterior consideración de orden y armonía, pues a su través se persigue un cierto equilibrio social, "*le juste milieu est dans les choses mêmes, qui sont distribuées à chacun en quiantité ni trop grande ni trop petite, mais moyenne entre ces deux excès (medium rei)*"³³; se sitúa esta clase de justicia en el plano del objetivismo normativo.

Sin embargo sí podemos vislumbrar ya elementos del derecho subjetivo en la siguiente división aristotélica, la que hace referencia a la justicia *conmutativa*, aquella que se produce como consecuencia de las relaciones sociales y de los intercambios que las mismas promueven entre los individuos, de tal forma que la definición de lo "justo" no podrá aquí realizarse de forma general, sino caso por caso, atendiendo a cada sujeto y situación particular, para obtener el contenido de lo que en cada caso concreto le es *debido* a un individuo. "Es la justicia de los intercambios entre los ciudadanos y que constituye el entramado básico de la vida social".³⁴

La justicia conmutativa permite además una subdivisión en su seno representada por aquellas ocasiones en que se produce un daño a alguien en contra de su voluntad, de donde surge el deber de restitución, apareciendo así una justicia *correctiva*. No obstante, los postulados aristotélicos distan aún mucho de la consideración del individuo como generador por sí solo de derechos; en efecto si observamos con atención veremos que el mismo concepto de justicia correctiva nos

³² SERRANO, Enrique. La Teoría Aristotélica de la Justicia. En ISONOMÍA, n° 22/ abril 2005. Pág 124. Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005

³³ VILLEY, M. *op.cit.* Pág. 39

³⁴ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*. Biblioteca Básica Gredos. Madrid, 2000, Págs. 131 a 146.

indica una tendencia "correctora", pero ¿corregir qué y hacia dónde?; pues simplemente el desequilibrio originado por el daño, es decir, se trata de volver al equilibrio armónico dispuesto por la regla general, por la justicia distributiva. En el caso de la conmutativa, aunque con más rasgos individualistas, lo cierto es que tampoco consigue alejarse completamente del diseño distributivo, ya que si bien es la transacción libremente operada por el individuo la que genera para éste el derecho al crédito, no lo es menos que el contenido del derecho no es voluntariamente determinado por éste, sino que viene claramente prefijado por la regla general a través de los legisladores que señalan cuál es el *justo precio* de cada tráfico transaccional; "*le juste prix de tel objet sera fixé à telle somme d'argent; le juste prix est nécessairement quant à sa taxation précise, du type du juste positif*".³⁵ Será precisamente, aunque mucho más tarde, la superación del concepto del *iustum precium* en el tránsito de una economía feudal a una precapitalista lo que permitirá la formación de una clase burguesa que protagonizará la más depurada formulación del concepto de derecho subjetivo en su utilización como estructura jurídica típica de los derechos fundamentales liberales.³⁶ Pero con todo, Aristóteles es el primero que de forma clara distingue los conceptos de justicia y de derecho, deslindando la *dikaion* platónica y concibiendo el derecho como el objeto de la justicia, ya sea en su vertiente distributiva o en la conmutativa.³⁷

Incluso Jean DABIN³⁸, en su refutación de Duguit, verá en la doctrina aristotélica de la justicia la existencia de la estructura de un derecho subjetivo tanto en la justicia distributiva como en la conmutativa, si bien se verá obligado a reconocer que el contenido del derecho en esta fase puede quedar reducido al de mero *sentimiento*, en cuanto "sentimiento de justicia que está en la misma fuente del estado de conciencia que hace la regla de derecho". Y en efecto, en este período a poco más se podía llegar, porque como afirma Romenn: "Aristóteles no percibió con toda claridad el concepto de persona y, por consiguiente, la idea de derechos naturales subjetivos, la relación teleológica de cosas y servicios a la persona. Por eso sólo conoció una moralidad estatal de índole universal, puesto que suponía que

³⁵VILLEY. M. *op. cit.* Pág. 41.

³⁶ LASKI, Harold J. *El liberalismo europeo*. FCE, México, 1988. Págs. 22 a 27.

³⁷ HERVADA, J. *Lecciones de Filosofía del Derecho*. EUNSA, Pamplona, 1991, Pág. 117.

³⁸ DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*. Traducido por Fco. Javier Osset. Edersa, Madrid, 1955. Pág. 57.

la virtud sólo podía conseguirla el individuo en el Estado y sólo el Estado podía hacer virtuoso al ciudadano".³⁹

En resumen, el pensamiento iusfilosófico griego nos sitúa en una idea del derecho íntimamente vinculada con la de justicia y entendida ésta como una virtud característica del ser humano y organizadora de la armonía y del orden en la comunidad, que delimita el papel y la función de cada cual en la estructura social, y donde al individuo la ley le concede los derechos necesarios para que se mantenga adecuadamente dentro del lugar que le corresponde en dicha estructura.

El trayecto evolutivo precisa para su impulso de una mayor identificación del concepto de persona y de la dignidad inherente a la misma; tal reflexión se iniciará en el mundo helénico con los estoicos, pero alcanzará su completo desarrollo con la proyección de esa doctrina estoica, por Cicerón, en la mentalidad romana y con su posterior colusión con el cristianismo.

2.- Roma.

En efecto, la influencia estoica parece incidir en la mentalidad romana generando una mayor conciencia de la importancia del individuo, lo que se traduciría en una mayor subjetividad del ordenamiento jurídico. Parece respaldar tal opinión la circunstancia apuntada por Renato Rabbi-Baldi de que "todas las instituciones (*res-actiones*) se encuentran concebidas en función de la persona, a partir de sus problemas, de sus expectativas y con el fin de satisfacer sus esperanzas: "*ius hominus causa constitutum est*"⁴⁰; en este sentido se alude a expresiones significativas de la literatura jurídica romana como la de *adire hereditatem* (entrar en la herencia), la de *fumdum meum esse* (cuando la finca deviene mía) o la de *actionnem haberen* para indicar que una persona puede utilizar una acción y ganar un proceso.

Lo anterior abonaría una lectura subjetivista del término latino "*ius*", que se podría identificar con los esquemas básicos del moderno derecho subjetivo. Así lo

³⁹ ROMMEN, H., *La Teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*. Madrid, 1951. Pág. 95

⁴⁰ RABBI-BALDI Cabanillas, Renato. *La filosofía jurídica de Michel Villey*. Universidad de Navarra. Pamplona, 1990., págs. 81 y ss.

vieron los juristas teólogos españoles del siglo XVI, como magistralmente ha dejado expuesto entre nosotros el padre Avelino Folgado al apuntar que "son sobre todo las fuentes romanas las que suministran pasajes abundantes en que *ius* tiene, para nuestros teólogos, el significado de facultad o poder concedido y respaldado por la ley"⁴¹, pues como dice Suárez: "en el Derecho, tienen esta significación las expresiones *ius in re* y *ius ad rem*. Los tiene en las definiciones de las servidumbres rústicas y urbanas, de usufructo, uso y semejantes".⁴²

El mismo sentido dio a la expresión *ius* el jurista francés del XVI Bernabé Brisson que en la quinta de las nueve acepciones que recoge del término latino le atribuye el significado de poder o facultad, así como Gregorio de Valencia, siguiendo a éste.⁴³

Y a partir del siglo XVI, como señala Folgado, una porción de romanistas - los sistemáticos- planearon la exposición del Derecho romano tomando como base el derecho subjetivo: Doneau, Vinnien, Feltmann, Struve, etc⁴⁴. El primero fue Doneau al afirmar que el fin del derecho, como el de la justicia, es la atribución a cada uno de su derecho, es decir, de su privilegio, licencia, poder o facultad, siguiendo para ello la exposición del ordenamiento romano sobre la base de la tripartición de Gayo en personas, cosas y acciones. Pero ¿era el genuino derecho romano el que se exponía, o era el resultante de su paso por el prisma individualista y humanista propio del siglo XVI? Los estudios de Michel Villey al respecto han sido sumamente esclarecedores, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

La interpretación de los romanistas del XVI tiene como base, como hemos dicho, la *Instituta* de Gayo, en donde los glosadores y posteriormente y sobretodo Feltman consideraron que Gayo aludía al derecho que tenemos sobre las personas o sobre las cosas, presentando así cuales son los derechos subjetivos de cada uno y los medios para hacerlos valer.

⁴¹ FOLGADO, A. *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio Especial en los Teólogos-Juristas Españoles del siglo XVI*. Anuario Jurídico Escorialense, I (1960). San Lorenzo del Escorial, 1960. Pág. 83.

⁴² SUÁREZ., *De legibus*, 1,2 5.

⁴³ Ambos citados por Folgado, que ofrece las siguientes ediciones: De BRISSON, *Lexicon juris sive De verb.* Libro 9, palabra *ius*; y G. de VALENCIA, *Coment in summan D, Tho.*, T.3, disp V.q.1.p.1.

⁴⁴ FOLGADO, A. *Op. Cit.*, pág. 93.

Para el padre Folgado los fragmentos de los textos romanos en que *ius*, según Suárez o Brisson, tiene el significado de poder o facultad del sujeto pueden reducirse a tres grupos: 1) Los contenidos en el libro I de la *Instituta* de Gayo y de las de Justiniano, que tienen por materia el derecho de las personas, y en los títulos correspondientes del DIGESTO, repartidos en diversos libros; 2) Los contenidos en el Libro II de la *Instituta* de Gayo y de las de Justiniano, que tratan del Derecho de las cosas, y en los títulos y libros correspondientes del Digesto; y 3) Una serie de expresiones esparcidas a través de todos los libros y títulos de los citados cuerpos legales en los que *ius* aparece unido a las palabras *meum*, *tuum*, *suum*, *haber*, *esse*, etc.

Sin ánimo exhaustivo podemos exponer una respuesta general y otra específica ofrecida a cada uno de los grupos para desvirtuar el carácter subjetivo del *ius*. Con carácter general apunta Rabbi-Baldi que Gayo en su *Instituta* "más bien procura describir la realidad jurídica, dar cuenta de la distinta posición jurídica de los diferentes elementos que componen el teatro de la vida, ya que de la correcta disposición de cada uno de ellos depende la realización o no de la justicia de la *civitas*, es decir la consecución de la plena armonía de ésta", lo que nos devuelve al concepto de la *diké* griega.

Con carácter particular apunta M. VILLEY, específicamente sobre el significado del *ius* en relación con las personas, que "no vemos que en el Libro I de las Instituciones se trate del derecho subjetivo en sentido moderno: la palabra *ius*, ahí empleada a veces *hoc ius proprium civium romanorum est*, parece designar la condición, el estatuto de un tipo de personas: esclavos, libertos, hombres libres, padres, hijos o hijas de familia"⁴⁵. En la misma línea FOLGADO, tras un minucioso análisis de la *Instituta* de Gayo, (1,48-141) cuyas expresiones se copian en la *Instituta* de Justiniano (1,2) y en el Digesto, concluye que *ius* es igual en todos los lugares citados a *patria potestas*, *dominica potestas*, *manus* y *manucipum*, que no simples derechos subjetivos, sino instituciones, *justos* que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones, cargas, etc, tanto por parte del titular como por parte del sometido.

Por lo que se refiere a las cosas, de las que trata el Libro II de las *Instituta* de Gayo y Justiniano, distingue VILLEY en su análisis las cosas corporales de las

⁴⁵ VILLEY, Michel., *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Montchretien, París, 1957. Págs. 25 y 121.

incorporales. En cuanto a las primeras y a la pregunta de si se trata de cosas materiales o, por el contrario, de un derecho de propiedad, confundido con su objeto, contesta el autor francés que, si bien la cosa es material, ésta no excluye una clara dimensión jurídica: "*un fundus*" no es simplemente un objeto material, un campo, un inmueble rural, sino lo que se llamaría hoy día una propiedad. Cada *fundus* comprende una serie de caracteres jurídicos, su "*ius*", y por ello el Digesto, en numerosas ocasiones expresa que "la palabra cosas comprende la cosa misma y sus derechos", y de ahí que la cosa se lega *cum iure suum*. La ciencia jurídica romana se encuentra obligada a describir el contenido y las características de la cosa, de la que constituyen un elemento más, no necesario, los *iura*. Concluye Villey que la cosa corporal constituye la realidad primordial, que preexiste al derecho y que se ofrece a la mirada de los juristas antes del derecho y si el derecho (*fundus derelictus*), no es por ello el contenido del derecho el que expondrán las *Instituta*, sino la estructura de la cosa.⁴⁶

Contribuye a aclarar la situación el análisis sobre la naturaleza de las cosas incorporales, cuya división desde las corporales fue obra de la filosofía griega, luego asumida y reelaborada por los romanos. En efecto, como señala nuestro autor, no se conocía hasta el momento más que *fundus cum iure suo*, con su estatuto propio, que podía contener tal derecho de paso hacia el vecino (pasaje sin duda protegido por el procedimiento indirecto del interdicto); pero he aquí que del paso en el fundo se pudo hacer un bien autónomo, cuyo ser consiste en una relación jurídica abstracta: la servidumbre, un bien que la *actio confessoria* reivindicará separadamente y que la *in uire cessio* transferirá. Se convierte, así, en un objeto distinto de comercio y de ciencia jurídica. Por ello, aunque los juristas de la época clásica aplicaran a las cosas incorporales el nombre de *ius* o *iura* (aludiendo, por ejemplo indistintamente a la obligación con las expresiones *obligatio* o *ius obligationes*), para Villey los "*iura*" forman una especie entre las cosas incorporales, aquellas que interesan al jurista. A diferencia de la *res corporalis*, que existen según la naturaleza, la cosa incorporal carece de todo soporte material; es una creación del derecho y es su esencia jurídica".

FOLGADO advertirá que la simple lectura de los textos es suficiente para darse cuenta del significado de la frase *ius in re* o *ius in rem*, que más que el

⁴⁶ VILLEY, M. *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*. Domat-Monchrestien, Paris, 1945.

significado de una facultad, como entendía Suárez, hace referencia a "tener en la cosa un derecho"⁴⁷, ya sea el usufructo, el uso, la superficie, el paso, etc... que son cosas, *res* incorpóreas, instituciones o *iura*; es así posible contraponer, como hace el Digesto (9, 4, 30, 30 y 39, 2, 19) *ius* y *dominium*, con lo que se concluye que "el dominio, que es el derecho subjetivo por excelencia del Derecho moderno, no es un *ius* en sentido romano, es decir, no es una *res incorporalis*, mera creación de la ley."⁴⁸

VILLEY esgrime varios ejemplos más para reforzar su argumentación. Señalará, de un lado la diferencia objetiva entre la *obligatio* romana y el derecho subjetivo de crédito moderno ya que, si aquella puede nacer *re* por la entrega de la cosa o *consensu*, por el cruce de voluntades, éste tiene su fuente normal y necesaria en el consentimiento del deudor al querer del acreedor. Se apunta asimismo, como colofón muy significativo, la paradoja conceptual que significaría entender el *ius* romano en el sentido del derecho subjetivo moderno al examinar, por ejemplo, el *ius altius tollendi aut non extollendi*, donde la aplicación de nuestro concepto a la institución original nos llevaría el absurdo de mantener que se tiene el derecho a no elevar (*aut non*) la altura de un edificio, cuando en realidad el sentido originario hace referencia no a un derecho (moderno) sino a todo lo contrario (también en sentido moderno) es decir, a una obligación o carga, la de no sobre elevar la altura de un edificio.

Todo lo expuesto llevaría a la ineludible conclusión, a juicio de Villey, de que el *ius* romano no puede identificarse con el moderno concepto de derecho subjetivo, sino que alude ya a una ventaja, ya a una carga, según la posición o situación justa que está llamado a desempeñar en las diferentes relaciones sociales en las que actúa.

En el mismo sentido, Sara CORREA, señala que: "La primera distinción que debe hacerse es entre los conceptos *ius* y *fas*. *Ius* es la denominación técnica del derecho, bajo el aspecto exterior o positivo, *ius* es como una norma que se impone al operar, y requiere obediencia. *Fas* a decir de Ihering, era el derecho religioso,

⁴⁷ FOLGADO, A., *Op. Cit.* Pág. 91

⁴⁸ *Ibidem*, Pág. 90

sagrado o revelado”⁴⁹. Mientras la violación del *Fas* suponía una ofensa a los dioses, la desobediencia al *ius* lesionaba el orden humano establecido por consenso. Mientras el *fas* es inmutable, el *ius* es una regla humana, plástica y variable pero, en todo caso, una regla objetiva y no una facultad subjetiva.

No obstante, como apunta Rabbi-Baldil ello no significa que el derecho romano ignorase por completo la noción del derecho subjetivo, pues es cierto que se produce un despegue individualista respecto del pensamiento jurídico griego; así, como señalamos al principio, las instituciones se encuentran concebidas en función de la persona, aunque es bien cierto que desde los postulados ontológicos del realismo, sin llegar nunca a considerar jurídicamente al individuo como una "realidad provista de una existencia en sí". Folgado nos dirá que el *ius* latino es el *diakaion* aristotélico, tiene su origen en la naturaleza o la ciudad y es armonía, equidad, orden objetivo y deshumanizado; lo que concuerda con lo mantenido por VILLEY al afirmar que el derecho subjetivo era necesariamente ajeno al mundo romano "porque no encontraba su lugar en el sistema de derecho natural de la filosofía antigua".

Capítulo 2.- El *ius* en la Edad Media.

2.1.- Las primeras aportaciones.

El hilo trasmisor del acervo de la Antigüedad tardía hacia la Edad Media se rastrea en la obra de San Jerónimo, San Agustín y Casiodoro, quienes fundamentaron las bases de una concepción cristiana que entendía cualquier especulación filosófica como una tarea auxiliar y vicaria de la religión. Sin duda la influencia más notable en el ámbito del pensamiento político y jurídico se debe a San Agustín⁵⁰, quien -sobre una variación platónica- formula su teoría del conocimiento por iluminación divina, afirmando que el sentido de la verdad y de la justicia no se capta mediante la experiencia, sino que surge en el hombre exclusivamente como consecuencia de la revelación del Ser supremo. El mundo de las ideas perfectas de

⁴⁹ CORREA, Sara “Sobre el significado de *Ius-Derecho*” <http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/4/moncayo4.pdf>. Traducido del portugués por Socorro Moncayo Rodríguez, Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas U.V.

⁵⁰ Sobre la vida y obra de San Agustín sigue siendo imprescindible la obra de Peter Brown. Existe una edición muy reciente: BROWN, Peter, *Agustín de Hipona*. Ed. Acento, Madrid.1991.

Platón se reduce ahora a una sola de carácter omnicomprendivo: Dios (el Dios cristiano, claro está).

La propia idea de justicia la identifica San Agustín con la idea de Dios, o mejor dicho, con la voluntad de Dios, que se manifiesta en la formulación de la ley eterna: "*Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari jubens, perturbari vetans*", postulando así un sistema de derecho sacro, que como afirma Villey se tratará de practicar durante la Edad Media⁵¹. Fácil es comprender que la simple noción de derecho subjetivo es de imposible articulación en una concepción de este tipo. En este sentido, y a nuestros efectos, el estudio de la doctrina agustiniana se ha de limitar a la mera referencia genérica de su formulación con la única finalidad de ilustrar sobre la concepción jurídica que sostuvieron las élites europeas en la Alta Edad Media, el denominado agustinismo político, que ofrece como única fuente auténtica del Derecho a la Santas Escrituras -de la que los únicos intérpretes válidos son los Padres de la Iglesia-, y que sostendrá la competencia universal, tanto personal como material, del derecho canónico, respecto del que se producirá un notable afán recopilador, una de cuyas últimas grandes muestras se dará entrada el siglo XII con el Decreto de Graciano.

Frente a la concepción y proyección del agustinismo, que señorea su influencia durante más de siete siglos, se iniciará un movimiento sistemático a finales del siglo XI en el seno de un centro de enseñanza de la península itálica mantenido por laicos (y ajeno por ello a las obligaciones de estudio canónico contenidas en la legislación carolingia): la Escuela de Bolonia⁵². Se propicia en ella el estudio ordenado del derecho romano que permitirá la recuperación del mismo gracias al análisis detallado del *Corpus Iuris Civilis* justiniano. Aquí se encuentra el germen, rápidamente extendido a París, que permitirá a la cristiandad occidental entre los siglos XII y XIII superar el agustinismo político a través de lo que se ha dado en denominar la revolución escolástica, de clara raíz aristotélica, protagonizada principalmente por Santo Tomás de Aquino con el precedente de su maestro San Alberto Magno.

⁵¹ VILLEY, Michel. *Op. Cit.* Pág. 101.

⁵² ULLMANN, Walter, *Historia del Pensamiento Político en la Edad Media*. Ed. Ariel, Barcelona, 1983. Pág. 114.

2.2.- Teoría del Derecho y de la Justicia en Santo Tomás.

El pensamiento escolástico es el resultado del encaje de la filosofía aristotélica, transmitida a través de los filósofos árabes de la península ibérica - muy especialmente de Averroes-, con los postulados del dogma cristiano. Dicha tarea que se lleva a cabo primordialmente por dos dominicos, San Alberto y Santo Tomás, significa, como oposición a la teoría platónica, el abandono y la superación del agustinismo.

Uno de los elementos medulares de la nueva filosofía se manifiesta en la formulación de una nueva teoría del conocimiento, basada ahora no en la revelación a la que se accede a través de la fe, sino en la experiencia sensible que se logra mediante la utilización de los sentidos⁵³. Los escolásticos no obstante no negarán - no podía hacerlo- la vía de la revelación como camino del conocimiento, sino que se limitarán a afirmar que la observación y verificación experimental es un complemento de la primera que no genera contradicción con ella; sin embargo, el calificativo de vía ordinaria y general aplicado a la experimental, frente al de extraordinario y particular reservado a la revelada, determinará la superación práctica de ésta por aquélla.

Santo Tomás construye su gnoseología realista mediante una revitalización de la doctrina aristotélica a la que embridra dentro de los postulados del cristianismo. Su conclusión principal es clara: todo conocimiento pasa a través de los sentidos. Ello tendrá una notable repercusión en orden a la fundamentación del Derecho y a la determinación de sus fuentes. Si todo conocimiento ha de ser susceptible de ser captado a través de los sentidos también lo ha de ser el conocimiento de las reglas de justicia que regulan las relaciones entre los hombres, es decir, del Derecho; y la única forma posible de que produzca tal captación sensible es que exista un conjunto de reglas susceptible de ser conocido sensiblemente, es decir, que exista un Derecho "natural".

⁵³ GONZÁLEZ SEARA, Luis. *El Poder y la Palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*. Ed. Tecnos. Madrid, 1995. Pág 84.

Surge así un nuevo tipo de norma, de ley, la ley natural, que Santo Tomás no puede, ni quiere oponer a la ley eterna agustiniana, limitándose a situarla a su lado como fuente de validez y parámetro verificador de la ley positiva. Tres serían ahora los planos de fundamentación "justa" del Derecho: *ley eterna*, manifestación primera de la voluntad de Dios, *ley natural*, manifestación segunda y general de la voluntad divina, reflejada en la naturaleza y aprehensible por los sentidos y *ley positiva*, manifestación particular del querer providencial formulada por el hombre tras la comprensión de la ley natural a la que se ordena y de la que obtiene el predicado de justicia⁵⁴.

El santo de Aquino utiliza la doctrina aristotélica del orden natural. Define Santo Tomás a Dios como la *causa primera*, quien actuará a través de *causas segundas*, de forma que a cada especie de cosas les da sus leyes naturales, es decir, su naturaleza. Si la ley eterna tiene su única expresión en el momento de la creación y aparece como la razón de Dios ordenando el cosmos, los movimientos subsiguientes de los seres creados obedecen cada uno a las leyes de su naturaleza, que los mueven a un cierto fin, hacia la plenitud del ser, de su ser.

Si los animales siguen los dictados de su naturaleza de forma instintiva, el hombre los sigue en parte instintivamente, en cuanto participa del género animal, y en parte racionalmente, es decir, con libertad, lo que constituye su verdadero elemento diferenciador en el orden de la creación. Ello significa, ni más ni menos, que el hombre tiene el privilegio de poder salirse del orden natural; por ello, a efectos de poder actuar y decidir con libertad, el conocimiento de su naturaleza presenta para el hombre un interés particular. En efecto, el estudio de la naturaleza del hombre implica la constitución de una moral; es la moral natural de la Antigüedad tardía que Santo Tomás encuentra en Aristóteles, también en los estoicos y, sobre todo, en el "*De Officiis*" de Cicerón, una de sus fuentes capitales.

Del estudio de las inclinaciones y de los fines del hombre se deriva una moral sustancial y cargada de deberes precisos y variables según los diversos estados de la vida o las condiciones sociales, puesto que cada especie o cada género poseen un orden específico. La forma de descubrimiento de esta moral, como ya se dijo, es la utilización de los sentidos, por ello Santo Tomás, como Aristóteles, intentará

⁵⁴ VILLEY, M. *Op. Cit* Pág. 125.

construir un sistema de derecho natural que parta de la observación de los hechos, es decir, un método experimental; dicho de otra forma, el estudio del derecho natural nos lleva a ser realistas.

El método experimental utilizado por el aquinatense consiste en el intento de formular reglas generales derivadas de la observación de la actuación de las sustancias primeras, que para él son los individuos; se sigue así un procedimiento inductivo.

Con los postulados expuestos Santo Tomás se enfrenta a las ideas de Justicia y de Derecho, construyendo un concepto objetivo de ambas.

La objetividad del Derecho brota tanto del derecho natural -como consecuencia del reconocimiento por parte del hombre de algo que constituye una exigencia de la realidad- como del derecho positivo, toda vez que incluso el carácter contingente de éste no es fruto de una sola voluntad sino de un acuerdo o convención social que formula una regla de aplicación general, que además no puede vulnerar ni desconocer las prescripciones objetivas del derecho natural.

La intersubjetivización de la idea de justicia se desprende de la consideración de su propiedad de *alteridad*, es decir de la imposibilidad de predicarla en virtud de un sólo individuo, toda vez que requiere de un elemento de contraste, proyección y relación en otro, se trata de una virtud relacional⁵⁵. En este campo la influencia de Aristóteles es notable y al igual que éste, Santo Tomás distinguirá entre una justicia general, referida al bien común y que responde a la pregunta sobre qué se debe a la comunidad, y una justicia particular, referida a un sujeto concreto y que responde a la cuestión de qué le es debido al mismo.

El santo de Aquino concebirá pues el Derecho como algo objetivo, lo que es lo mismo que afirmar que el derecho no radica primariamente en el sujeto sino en algo externo a él, que para Santo Tomás será una acción exterior o una cosa. Afirmará además que el derecho no sólo radica ahí, sino que el mismo derecho consiste precisamente en esa acción exterior o cosa y, en cuanto elemento externo y empíricamente verificable, puede ser medido y cuantificado. El derecho se presentará en su teoría como una proporción, una adecuación de personas y cosas;

⁵⁵ GALLEGO. Elio, A. *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*. Dykinson. Madrid, 1996. Pág. 38.

adecuación y proporción que constituyen, en esencia, una igualdad, de tal forma que afirmará textualmente que "el derecho es un débito según una igualdad".

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿quién determina los parámetros de la igualdad? y ¿con respecto a qué? Tomás responderá a la primera pregunta señalando que la determinación del contenido del derecho en cada caso concreto se verificará mediante una investigación de los elementos que concurren en cada situación específica a través del conocimiento sensible de la misma, labor que corresponde al jurista y que se realiza con el ejercicio de la *iurisdictio*; en lógica congruencia con estos postulados, la escolástica coincidirá con el máximo apogeo de la tópica como método jurisprudencial. La segunda pregunta podría haber dado pie a una respuesta subjetivista, pero ni así fue ni se daban las condiciones sociales, económicas y políticas suficientes para permitir tal paso. No obstante, sí empezaron a atisbarse los primeros elementos, no por básicos menos necesarios, que permitirían la posterior construcción teórica del derecho subjetivo. Pero en la concepción tomista del derecho y la justicia, la referencia subjetiva, individual, del derecho no puede entenderse como facultad de exigir, sino como una "*atribución del orden social (al individuo) para su efectivo ejercicio*", ejercicio que además no es disponible sino obligado, en cuanto implica no sólo facultades sino también cargas y obligaciones cuyo cumplimiento exige el orden social del que deriva y a cuya composición, a la postre, se ordena.

Nos encontramos en pleno realismo jurídico (lo que no es sino una mera consecuencia de estar insertos en pleno realismo filosófico), donde no es viable la afirmación de derechos o libertades formales -como las que luego constituirán las primeras declaraciones liberales- sin que existan bienes que constituyan esos derechos. Para que el concepto moderno de derecho subjetivo pueda formularse lógicamente será necesario que el derecho deje de concebirse como una *res* y se pueda definir en términos abstractos.

Pero como señalé más arriba considero que Santo Tomás comienza a diseñar el esquema formal que posteriormente permitirá una construcción material del concepto de derecho subjetivo. La construcción tomista a la que me refiero surge de la conexión que el santo realiza entre los conceptos de justicia y derecho. Santo Tomás definirá el derecho como "objeto" de la justicia, alejándose de la tradición

medieval que establecía la relación entre justicia y derecho únicamente desde la perspectiva de considerar a la justicia como fuente y origen del derecho, tal y como señala Elio A. Gallego⁵⁶. Como explica el citado autor, Santo Tomás, llega a definir el derecho como objeto de la justicia en virtud del análisis de la célebre definición de Ulpiano para quien la justicia consiste en la acción de "dar a cada uno su derecho". Ahora bien, si en congruencia con tal definición el derecho es el objeto en que se concreta la acción de la justicia, lo que en realidad estamos afirmando es que el "derecho" es algo anterior a la justicia, puesto que sería imposible dar algo que no existiese previamente, luego parece lógico llegar a la conclusión de que el derecho es previo a la justicia y que, por lo tanto, ésta no puede ser fuente ni origen de aquél. ¿Dónde está pues el origen del derecho? En la contestación de Santo Tomás es donde me permito vislumbrar las bases de la posterior construcción del concepto del derecho subjetivo. Veamos.

Afirma el aquinatense: "Por la creación empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo"⁵⁷. En la creación reside por lo tanto el fundamento del derecho, pero en la creación del ser humano, acto que no agota sus efectos en sí mismo, sino que los proyecta sobre toda la vida del hombre al que señala su finalidad: alcanzar su propia perfección. De tal forma que, aunque el primer acto fundante, la creación, se debe a la mera liberalidad del creador, una vez realizada deposita en el sujeto creado una cualidad que constituye su misma esencia, el logro de su perfección, que se erige en título de débito suficiente en las relaciones con los demás hombres.

Por primera vez el fundamento del derecho se sitúa en el ser humano (una vez producido el acto de la creación) y se orienta además hacia el desarrollo del propio ser humano, hacia el logro de su perfección. Este será, salvando las distancias conceptuales, el esquema básico utilizado por el racionalismo iusnaturalista para fundamentar la existencia de los derechos naturales⁵⁸, sustituyendo en el punto de origen a Dios por la Naturaleza y en la meta la consecución de la perfección por la búsqueda de la felicidad.

⁵⁶ GALLEGO, Elio A. *Op. Cit.* Pág. 44.

⁵⁷ Citado por el mismo autor en página 47.

⁵⁸ PECES-BARBA, G y otros. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid, 1995. Pág. 130.

En el esbozo del esquema tomista no se identifica al deudor, pero una vez descartada la posibilidad de situar a Dios en tal posición: "*en los primeros efectos de la creación no se encuentra ninguna razón de débito*"⁵⁹; sólo queda concluir lógicamente que los deudores serán los otros seres humanos, pues no ha de olvidarse el carácter de alteridad y la propiedad de virtud relacional que Santo Tomás predicaba de la justicia, respecto de la que el derecho constituye su objeto.

Pero no acaba aquí la importancia de la doctrina tomista del derecho en lo que a nuestros efectos interesa, ya que no se limitará a fundamentar el derecho en el propio ser humano, sino que además se adentrará a definir la naturaleza de las cosas sobre las que puede recaer el contenido concreto del derecho. Y así, teniendo presente la consecución de la perfección de la persona, Santo Tomás señala que pueden constituir objeto de derecho tres categorías de bienes: los bienes del alma (*bonum animae*), los bienes del cuerpo (*bonum corporis*) y los bienes exteriores (*bonum exteriorum rerum*)⁶⁰. La inclusión de esta tercera categoría dentro de los contenidos del derecho necesarios para alcanzar la perfección del ser humano entiendo que es sumamente significativa, siquiera a los meros efectos de recordatorio para aquellos que hoy en día se cuestionan no ya solo la posibilidad real sino incluso la fundamentación teórica de incluir los derechos económicos, sociales y culturales dentro del concepto de derechos fundamentales.

Pero Santo Tomás no avanza más en la construcción subjetiva del derecho, pues tal como recuerda GALLEGO, aunque se admita que el fundamento se haga radicar en la persona y no en la cosa ello, no implica la atribución al sujeto de una facultad de exigir aquello que le es debido por sí mismo, sino que toda la técnica jurídica se encuentra aún orientada a la consecución de un orden o armonía general.⁶¹

El siguiente paso, es decir, la concepción del derecho como facultad, requerirá el desbordamiento del marco sociopolítico y filosófico de la escolástica y del realismo, y no se producirá hasta la llegada del nominalismo franciscano que tendrá su figura señera en Guillermo de Occam.

⁵⁹ GALLEGO, Elio A. *Op. Cit.* Pág. 47.

⁶⁰ Suma Teológica, II-II, cuestión 73.

⁶¹ GALLEGO, Elio A. *Op. Cit.* Pág. 48.

Antes de abordar el advenimiento del concepto de derecho como facultad en la orden franciscana, entiendo necesario realizar una breve referencia a la íntima relación existente entre las concepciones jurídicas expuestas desde San Agustín con la situación política en la que éstas se insertaron. En efecto, como magistralmente ha estudiado y documentado Walter ULLMANN⁶² las concepciones políticas que dominan la cristiandad occidental durante toda la Edad Media se pueden agrupar en dos grandes teorías: la ascendente y la descendente del poder. Esquemáticamente, la primera, de origen germánico, concibe el poder emanado del conjunto de la comunidad en que se ejerce y que se entrega por delegación a determinados titulares que se eligen al efecto, mientras que la segunda, de raigambre romana, postula un poder residenciado y fundamentado en la cúspide de la pirámide que se ejerce libremente sobre todo el cuerpo social, sin tener que responder ante el mismo por sus acciones. La segunda de las concepciones, la descendente, fue la asumida por la jerarquía de la Iglesia cristiana en virtud de la referencia testamentaria que identifica a Pedro como elemento fundante de la Iglesia y fuente de su única legitimidad y autoridad.

No es de extrañar, por lo tanto que la alianza de mutua ayuda que se produce con la institucionalización imperial de la religión cristiana en la conversión de Constantino, a inicios del siglo III, supusiese la aplicación generalizada de la teoría descendente del poder y que por ello, San Agustín, empeñado en la prolongación de la relación entre Imperio y Cristiandad, elaborase una teoría del derecho que se define en la más alta de las fuentes, las Sagradas Escrituras, sin abrir el más mínimo resquicio que permitiese tener en cuenta las pretensiones del individuo.

No es posible aquí realizar un análisis no ya detallado, sino ni aun siquiera enunciativo de la evolución política de la Alta Edad Media, baste señalar, a los efectos de poner de manifiesto la relación a la que arriba se hacía referencia, que la concepción sacral del derecho formulada por Agustín de Hipona nutrirá de fundamentaciones jurídicas eficaces tanto a la hierocracia papal como al cesaropapismo que la invención vaticana del siglo VIII (decorada con la superchería de la donación constantinea) pondrá en marcha con el imperio carolingio. La denominada "teoría de las dos espadas" en nada cuestionará la teoría descendente,

⁶² ULLMANN, Walter. *Historia del pensamiento político en la Edad Media*. Ariel. Barcelona, 1983. Pág 14.

sino que se limitará a tratar de definir a quién de los dos poderes, Papa o Emperador, le corresponde la titularidad de la cúspide. En el mismo sentido, el enfrentamiento entre el Emperador y los monarcas de los nuevos reinos se sigue apoyando en las tesis descendentes del poder, discutiéndose únicamente sobre el titular y el ámbito territorial de su ejercicio.

No es casual que la revolución escolástica y la superación que con la misma se realiza de la concepción agustiniana, se produzca a partir de la segunda mitad del siglo XIII, cuando la recepción de los principios aristotélicos viene propiciada por la aparición de las primeras manifestaciones prácticas de la teoría ascendente del poder. Dichas manifestaciones se producen principalmente en el ámbito de las ciudades, donde la incapacidad material de las burocracias reales permite el surgimiento de asociaciones corporativas de tipo populista que vuelven a ensayar las nunca olvidadas por completo prácticas germánicas de asamblea. En este nuevo contexto germinal tiene pleno sentido la nueva formulación tomista, pues como señala ULLMANN⁶³: "Para Tomás de Aquino, el ciudadano no era ya el súbdito, el *subditus* que tenía que limitarse a obedecer las leyes superiores. La definición aristotélica del ciudadano como partícipe del gobierno actuó de disolvente e hizo posible la liberación del inferior, del súbdito, con respecto del superior, de la autoridad. En efecto, debemos recordar que lo que se negaba precisamente al súbdito era la participación en el gobierno, así como tampoco tenía participación alguna en la elaboración de la ley que se le dictaba. Lo importante aquí es que Santo Tomás, al asimilar las ideas aristotélicas, efectuó en la esfera del gobierno, más que una metamorfosis del súbdito, el renacimiento del ciudadano, que había estado invernado desde los tiempos clásicos".

La interinfluencia entre los conceptos jurídicos y las tendencias políticas y sociales en los que éstos operan es inevitable. Una nueva muestra se nos ofrecerá con el estudio del surgimiento del moderno concepto de derecho subjetivo en el seno de nominalismo franciscano.

⁶³ ULLMANN, W. *Op. Cit.* Pág. 168.

Capítulo 3.- La elaboración doctrinal de Guillermo de Occam. El derecho subjetivo.

Constituye hoy en día ciertamente un lugar común afirmar que la aportación teórica de Guillermo de OCCAM significa un hito en la evolución jurídica medieval, abriendo el paso a una nueva forma de entender el Derecho⁶⁴. MONTORO afirmará que con Occam “se operó en el pensamiento jurídico, un viraje desde el objetivismo hacia el subjetivismo jurídico que elevó la noción de *potestas* a la dignidad de *ius*”⁶⁵

En líneas generales podemos apuntar como hilo conductor de su reflexión el que parte del surgimiento de un movimiento filosófico, el nominalismo, para sentar las bases de un sistema jurídico, el positivismo, alumbrando como corolario un nuevo concepto jurídico: *el derecho subjetivo*. Todo ello en un contexto marcado por un enfrentamiento religioso, el conocido como *querella de la pobreza*, y sobre el fondo de un conflicto político, determinado por la lucha entre el Imperio y el Papado, que sometido éste al cautiverio de Avignon, concluirá con la victoria definitiva del primero, apoyado en sus formulaciones teóricas por Marsilio de Padua, con su *Defensor Pacis*.

Para VILLEY, el nominalismo, el voluntarismo y el positivismo constituyeron los supuestos filosóficos que permitieron a Guillermo de Occam realizar la primera formulación clara y completa de la idea de derecho subjetivo⁶⁶.

Sin embargo, para Massimo LA TORRE, Occam será sólo un precursor filosófico de la concepción subjetiva del derecho.⁶⁷ Al ser éste uno de los puntos claves en la evolución del objeto de nuestro estudio, conviene que nos detengamos suficientemente en su análisis, contemplando adecuadamente cada uno de los elementos que lo integran para poder obtener la necesaria comprensión del

⁶⁴ DIAZ-OTERO, Eduardo y OLIVAS, Enrique, *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*. Dykinson. Madrid. 1997. Pág. 48: “La filosofía nominalista, con G. de Occam a la cabeza hasta 1349, nos adentra en la concepción absoluta del acto subjetivo humano; en la concepción de una subjetividad que al ser constitutiva en las decisiones que derivan de la forma de su conocimiento, va a producir, a la vez, el doble efecto de iniciar la crisis del sujeto de la Edad Media y la construcción de la filosofía política moderna”.

⁶⁵ MONTORO, Alberto. *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*. Universidad de Murcia. 1983, Pág. 32.

⁶⁶ VILLEY, M. “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, en *Seize essais de Philosophie du droit*, Ed Dalloz, 1969, pág. 169.

⁶⁷ LA TORRE, M. *Disavventure del Diritto Soggettivo. Una vicenda teorica*. Milano. Giuffrè. 1996. Pág. 58.

fenómeno⁶⁸. Es posible que, en primera instancia, puedan parecer irrelevantes o fuera de lugar algunas de las reflexiones que a continuación se harán, pero estoy convencido de que al final del capítulo se comprenderá el interés por la aproximación global a esta decisiva etapa de la evolución jurídica; tanto más si el lector llega a concluir -como mantiene el autor- que la misma ofrece numerosas y sugerentes coincidencias con el actual momento de la teoría jurídica y política.

Comenzaremos así describiendo brevemente los hechos que dieron lugar al inicio de la reflexión occamista, expondremos a continuación las líneas generales de las corrientes filosóficas enfrentadas, nos detendremos brevemente en el análisis de la juridificación del conflicto político, analizaremos con detalle la controversia jurídica teórica y el concepto de derecho subjetivo que surge de la misma, y finalizaremos con una reflexión general sobre las similitudes ya apuntadas entre los avatares históricos expuestos y nuestra situación actual, conclusión ésta que en realidad viene a reforzar una de las tesis principales de este trabajo.

En el estudio de todo el capítulo utilizaré fundamentalmente las obras del Padre Agustino Avelino Folgado, las de Michel Villey y la más reciente de Elio A. Gallego, a las que me remitiré concretamente en los momentos oportunos. Comencemos pues.

3.1. Los hechos.

En el año 1321, en la ciudad de Narbona, un *beguino* predica que “Cristo y los Apóstoles, siguiendo el camino de la perfección, no poseyeron nada por derecho de propiedad, ni en particular ni en común⁶⁹”. Ante tal afirmación, el dominico Juan de Belma, inquisidor y arzobispo de la ciudad, ordena su prendimiento bajo cargo de herejía. Se convoca seguidamente a los doctos para que emitan opinión al respecto. Comienza la toma de posición y el enfrentamiento. Berenguer de Talón, lector en el convento franciscano de Narbona, afirma que lo que predica el *beguino* no sólo no es herético, sino que se ajusta plenamente a lo proclamado por el Papa Nicolás III

⁶⁸ Señala TRUYO Y SERRA que “la filosofía política de Occam, como su pensamiento en general, ejerció gran influencia en los siglos XIV y XV. Su aceptación fue amplísima en las universidades, principalmente en las que por aquellos tiempos se crearon.” *Op. Cit.* Pág. 419.

⁶⁹ FOLGADO, Avelino. *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*. San Lorenzo del Escorial, 1960. Pág. 96.

en la Decretal *Exit*, y por lo tanto es fiel doctrina católica. El Inquisidor considera ahora que Berenguer también ha incurrido en herejía y le ordena retractarse; éste se niega y para evitar ser prendido, formula apelación ante la Santa Sede y marcha para sostenerla a la Corte pontificia, a la sazón en Avignon. La controversia se ha formalizado.

A pesar de que, como señala FOLGADO⁷⁰, la cuestión podría parecer una mera disputa entre frailes, el Papa, Juan XXII, hombre de sólida formación jurídica, la consideró de interés. La afirmación del *beguino* venía a incidir en una acusación anteriormente formulada por los Valdenses y Arnaldo de Villanueva y recientemente aireada por el grupo de los “espirituales” de la orden franciscana: *La Iglesia oficial no era la Iglesia de Cristo, puesto que conocía riqueza y poder político que no conoció Cristo*. Ahora un franciscano respaldaba la tesis del *beguino* y se enfrentaba a un dominico.

El Papa consultó a sus cardenales en un consistorio convocado al efecto el 6 de marzo de 1322. Los cardenales franciscanos Vidal de Four y Beltrán de la Tour, junto con los también franciscanos Arnaldo Roiard y Jerónimo de Cataluña, defendieron las tesis del Berenguer. Por su parte, el dominico Guy Cattano, arzobispo de Oristano, apoyó al inquisidor Juan de Belma. Juan XXII consideró oportuno requerir nuevas opiniones de los doctores y abrió la cuestión a pública disputa. Contestaron, entre otros, el procurador general de los franciscanos Bonagracia de Bérghamo y el que había sido superior de los espirituales Ubertino de Casale. Las tesis de ambos coincidían. En resumen, afirmaban:

“En Cristo y los apóstoles debe distinguirse doble personalidad, pública y privada. Como personas públicas, en cuanto Prelados de la Iglesia, tuvieron bienes, no a título de propiedad, sino de administración, para dar a los pobres y atender a las necesidades de la Iglesia. Negar esto es cerrar los ojos a muchos pasajes del Nuevo Testamento y debe considerarse herético. Pero no es de esto de lo que se trata, sino de Cristo y los Apóstoles como personas privadas, perfectos despreciadores del mundo y ejemplos de perfección. También aquí debe hacerse una distinción que se refiere al modo de tener. El primero es un tener concedido y protegido por el Derecho positivo, de forma que el titular dispone de acciones y

⁷⁰ FOLGADO, Avelino, *Op. Cit.* Pág. 99.

excepciones ante el juez civil para rechazar al invasor. Cristo y los apóstoles nada tuvieron de este modo. Los frailes Menores se refieren a este modo de tener cuando dicen que Cristo y los Apóstoles no poseyeron nada por derecho de propiedad, ni en común ni en particular, más no distinguen. El segundo modo es un tener de Derecho natural. Cristo y los Apóstoles tuvieron por Derecho natural lo necesario para el sustento de la vida. Los frailes Predicadores hablan de este modo de tener cuando afirman que es herético decir que Cristo y los Apóstoles nada tuvieron, pero tampoco distinguen”.

Oída la respuesta, contenida en la *Responsio ad questionem de paupertate Christi et Apostolorum* de Ubertino de Casale, el Papa sentenció: “No queremos oír más, la respuesta a la cuestión es buena”. Y ahí podía haber acabado la cosa, pero no acabó.

Los cardenales franciscanos que había tomado parte en el consistorio de 6 de marzo de 1332, Bertrán de la Tour y Vidal de Four, insatisfechos, instigaron al general de la Orden, Miguel de Cesena, para que sometiese la cuestión a debate en el Capítulo que los franciscanos celebraban en Perusa en la Pascua de Pentecostés. Las conclusiones del capítulo se plasmaron en dos cartas, de las que se hicieron multitud de copias que se repartieron por toda la cristiandad. Las cartas iban firmadas por el general de la Orden, los ministros provinciales, los guardianes, maestros y bachilleres presentes en el Capítulo, a los que se añadieron otros 41 residentes en París e Inglaterra. La primera carta, como recoge Nicolás Minorita, citado por Folgado, se reducía casi exclusivamente a la profesión transcrita en el texto; la segunda iba razonada con argumentos teológicos, de tradición, filosóficos y jurídicos. La profesión era la siguiente:

“Concorde y unánimemente profesamos y confesamos que decir y afirmar que Cristo, mostrando el camino de la perfección, y los Apóstoles siguiendo ese camino y enseñándolo con su ejemplo a los que quisieran imitarlo, nada tuvieron por derecho de propiedad y dominio o derecho propio, en especial y en común, no es herético, sino sano y católico y fiel, máxime cuando la Santa Romana Iglesia Católica lo tiene ya expresamente dicho, afirmado y determinado.”⁷¹

⁷¹ NICOLAS MINORITA, *Chronicon de gestis contra fraticellos*. Pág. 208-211. Recogido por BALUZE-MANSI, *Miscellanea*, III.

Al Pontífice le disgustó la doble soberbia franciscana; de un lado en la forma, por su pretensión de resolver una cuestión avocada a la Santa Sede, y de otro en el fondo, pues a la postre con su argumentación se pretendía afirmar que la orden franciscana era la única guardiana de la altísima pobreza que Cristo y los Apóstoles practicaron. Juan XXII no lo iba a tolerar y decidió acabar definitivamente con las pretensiones franciscanas. El 8 de diciembre de 1322 decretó la Constitución *Ad Conditioeren*, en la que refutaba completamente las tesis de los frailes Menores; ante ella, su procurador Bonagracia de Bérgamo puso protesta. El Papa contestó a la protesta con una medida personal directa, disponiendo el arresto de Bonagracia durante un año menos un día, y con la versión definitiva de la tesis pontificia, mediante la promulgación de la Constitución *Cum iter*.

La mayoría de la Orden se sometió a la decisión papal, pero una minoría rebelde mantuvo las tesis franciscanas que fueron recogidas en una apelación formulada por Luis de Baviera el 24 de mayo de 1324, a la que volvió a contestar Juan XXII con la Constitución *Quia quorundam*⁷², en la que ratificaba, además de sus planteamientos, las sanciones impuestas. Ante esta situación, el general de la Orden, Miguel de Cesena ordenó a sus miembros que hablaran con respeto y moderación de la persona del Papa y de sus Constituciones (aunque él criticara una y otras en privado, como todos sabían). El Papa conocía este doble juego y sospechaba que, además, Cesena conspiraba en secreto. Por ello le llamó, con excusas, a la Corte pontificia el 8 de junio de 1327. En la primavera del año siguiente, el general franciscano solicitó permiso para trasladarse a Bolonia para presidir un nuevo capítulo de Pentecostés de la Orden, el Papa temió que se marchase para conspirar contra él junto a Luis de Baviera y así se lo hizo saber al franciscano; aunque éste se excusó en un primer momento, Juan XXII ya no quería frenar y así en el Consistorio celebrado el 9 de abril, le reprochó públicamente la decisión adoptada en Perusa. Miguel de Cesena no se reprimió más, se enfrentó abiertamente al Pontífice y le contradijo abruptamente. El Papa contestó prohibiéndole salir de Avignon bajo pena de excomunión y deposición del cargo. Cesena, una vez forzado a pronunciarse, decidió buscar apoyos en una lucha que ya veía inevitable. Y aquí aparece Ocammm.

⁷² Aparecida el 10 de noviembre de 1324

El franciscano Guillermo de OCAMM se encontraba en Avignon por causas personales; algunas de las proposiciones contenidas en sus obras habían sido denunciadas como heréticas y había sido llamado a la Santa Sede en espera de juicio. No veía que sus tesis prosperasen adecuadamente y la general situación de la Orden no le ofrecía buenos augurios; sin embargo, no había participado en la querrela de la pobreza. Miguel de Cesena se acordó de él y en apoyo de su posición le solicitó un estudio de las tres Constituciones del Papa; su condición franciscana y su personal situación hicieron que dicho encargo actuara como lluvia en terreno abonado. La afirmación que se contiene en su Carta a sus hermanos congregados en capítulo en Asís es suficientemente ilustrativa: “Yo no recuerdo haber encontrado escrito de pagano o de hereje que, en tan corto espacio, mezcle tantos errores con algunas verdades”⁷³. La suerte estaba echada y había que actuar con rapidez.

Se fuga de Avignon en la noche del 26 de mayo con sus hermanos Miguel de Cesena, Bonagracia, Francisco de Ascoli y Enrique Thalheim. El 6 de junio, el Papa depone de su cargo a Cesena. Los fugitivos llegan a Pisa el 9 de junio y son acogidos por los oficiales del Emperador. Cesena y los demás huidos firman una apelación contra la destitución papal del general. Juan XXII dicta el 29 de abril de 1329 sentencia solmene de excomunión contra Cesena y decreta la Constitución *Quia vir reprobus* en respuesta a la última apelación.

Los huidos llegan a Munich y contestan a la Constitución pontificia; Miguel con una apelación a la Iglesia Universal y Guillermo con la obra que contiene el germen de nuestro estudio, la *Opus nonaginta dierum*,⁷⁴ en palabras de Folgado, una obra “grande, minuciosa y árida” que, como su nombre indica, fue redactada en noventa días y en la que, refiriéndose a las cuatro constituciones papales, Occam afirma que “las encontré llenas de herejías, errores, tonterías, quimeras, insensateces y contradicciones a la fe, a la moral, a la razón y a la experiencia”.

⁷³ OCCAM, *Epistola ad frates apud Assisium congregatos*, Ed Baudry, en *Revue d'histoire franciscaine*, III, 1926, 202.

⁷⁴ Denominada así porque se redactó en noventa días. Folgado cita las siguientes ediciones: Lovaina, Juan de Westfalia, 1481; Lyon, Treschesell, 1495; Amsterdam. Ed Goldast, M. en *Monarchia sancti romani imperi...* t.II, 1614, pág. 993-1236. ER. Benet y J.G. Sikes, en *Guillelmi de Ockam opera política*, I, 1940. Págs. 293-374. (Las citas que se hacen refiere Folgado haberlas tomado de la edición de Lyon, Terschesell, 1945, identificándolas por capítulo y columna al carecer de numeración las páginas). No existe edición en castellano.

Hasta aquí los hechos, pero ¿cuál había el caldo de cultivo intelectual que había animado a los franciscanos a adentrarse por estos vericuetos?

3.2. El nominalismo⁷⁵

El pensamiento nominalista se formula en torno a la afirmación o negación de la existencia real de los “universales”. Se entienden por universales, como explica GALLEGO, las palabras y conceptos que designan o significan no a un auténtico ser sino a una pluralidad de ellos, que constituyen una clase determinada de seres singulares. Se habla así de la palabra o idea de “hombre” que no hace referencia a un ser humano individual, sino al conjunto de individuos que presentan determinadas características singulares que les hacen susceptibles de ser incluido en tal denominación. Los universales se refieren así a géneros o especies⁷⁶. Frente a este concepto se han adoptado varias posturas. El *realismo* considera que el universal, además de ser un signo lingüístico o comunicativo (*in significando*), o un mero concepto mental (*in representando*), tiene también una existencia real propia (*in essendo*). Es decir, el pensamiento, dominante en la filosofía medieval, considera que el género universal “árbol” o “aceite”, por ejemplo, tiene existencia verdadera. Como se puede apreciar, constituye una derivación del idealismo platónico que, como se recordará, afirma que nuestro mundo no es sino un reflejo, una constelación de sombras proyectadas, de las ideas puras que definen la existencia. Dentro del realismo se distingue una corriente radical o fuerte que afirma que el universal tiene existencia auténtica *fuera* de los individuos (que sería el platonismo estricto) y una corriente moderada que mantiene que el universal sólo tiene existencia *en* los individuos o, mejor dicho, en su mente, como representación abstracta; ésta última sería la posición mantenida por el pensamiento aristotélico-tomista.

Frente al realismo, el *nominalismo*, formulado en primera instancia por el franciscano Duns Scoto y elaborado hasta sus últimas consecuencias por su

⁷⁵ Una primera aproximación general, histórica y sistemática puede obtenerse al consultar la voz “nominalismo” en el *Diccionario de Filosofía* de FERRATER MORA, Ed. Círculo, Barcelona, 1991. Tomo III, págs. 2377 y ss.

⁷⁶ GALLEGO, Elio A., *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Dykinson, Madrid, 1996. Pág. 102.

correlegionario Guillermo de Occam, viene a negar cualquier tipo de existencia real de lo universales, a los que reduce a simples *nomina* o palabras.

Esta disquisición filosófica tiene repercusiones de primer orden en los planos teológico, político y jurídico, todas ellas fundamentadas en el predominio de la voluntad, ya sea la divina, la del gobernante secular o la del sujeto individual como titular de un *derecho subjetivo*.

En el ámbito teológico se trata de “salvar” a Dios de la necesidad de crear las cosas según unas ideas o esencias previamente existentes, es decir, de restituir la omnipotencia efectiva a la voluntad divina. Como en este sentido apunta CANALS, “el universo de Occam queda atomizado por su negación de las naturalezas universales y por la apelación constante a la potencia absoluta de Dios y al carácter de voluntaria institución divina del orden de las causas naturales.”⁷⁷ Todo ello repercute además en los conceptos morales (y posteriormente jurídicos) del mal y el bien, de forma tal que Dios no prohíbe algo porque sea esencialmente malo, sino que es malo precisamente porque Dios, en su libérrimo y omnipotente albedrío, lo ha prohibido. De contrario, Dios no manda las cosas porque sean buenas, sino que son buenas porque las manda. Gráficamente, Occam afirma que “si Dios causase, como causa total, el odio contra sí mismo en la voluntad de alguien, ni este pecaría ni tampoco Dios”⁷⁸. Estas elucubraciones que al día de hoy pudieran parecernos absurdas e irrisorias tuvieron una notable trascendencia en la evolución jurídico-política como pueda advertirse fácilmente al trasponer el esquema de las mismas de la ley divina a la ley humana.

3.3. El conflicto jurídico y político.

Esta trasposición de planos también la lleva a cabo Occam, dando lugar al nacimiento de lo que luego se ha venido a conocer como el “positivismo jurídico”. En este sentido, como señala Michel de Villey, es necesario superar la común opinión de situar el inicio del positivismo en las ideas de Comte, elaboradas sobre la filosofía de Hobbes, y concluir que “*Il est assez paradoxal de transporter cette conception de*

⁷⁷ CANALS, F. *Historia de la Filosofía Medieval*, Herder, Barcelona, 1992, Pág. 299.

⁷⁸ Citado en Canals, F. *Op. Cit.* Pág. 299.

l'art juridique qui paraît caractéristique de la rigueur scientifique moderne, dans les ténèbres du Moyen-Age”.

Como apunta el mismo autor, el paso que realiza Occam es plenamente coherente, toda vez que al no reconocer como objeto de conocimiento más que las cosas positivas singulares, no puede admitir otra fuente del derecho más que la formulación de la ley, como expresión de las voluntades individuales, y no del orden natural. En esta tesis llega a rebatir a su predecesor, Duns Scoto, al afirmar, con ocasión de sus comentarios en Oxford al Libro de las Sentencias de Pedro Lombardo, que “los preceptos del Decálogo no son verdaderamente naturales y en modo algunos necesarios por sí mismos, sino que son sólo obligatorios en la medida en que son positivos, *posés par Dieu*”⁷⁹.

¿Dónde queda el Derecho natural para Occam? Siguiendo a VILLEY, podemos descubrir las opiniones del franciscano al respecto en su obra “*Dialogus*”, en la que, con ocasión de una disputa para determinar si los romanos, en virtud del Derecho natural, poseen el derecho a elegir al Papa, distingue varias acepciones del término:⁸⁰

1.- Cuando se usa el término Derecho natural para hacer referencia a ciertos preceptos racionalmente necesarios, como los vertidos en el Decálogo (no mentirás, no cometerás adulterio, etc.) OCCAM considera, como ya vimos, que tales preceptos no son verdaderamente necesarios para la razón, ni auténticamente naturales, ya que en realidad tienen un origen positivo: el mandato positivo de Dios.

2.- Una segunda acepción del concepto de Derecho natural hace referencia al estatuto jurídico primitivo de la humanidad, el régimen jurídico vigente antes de cualquier legislación o formación de costumbres. Es el viejo concepto estoico de la edad de oro, reformulado por el cristianismo en el mito del paraíso terrenal. En este sentido, la comunidad de bienes, por ejemplo, sería una institución de “derecho natural”. Para este tipo de acepción Occam niega cualquier tipo de obligatoriedad toda vez que hace tiempo que se salió de ese idílico estado de naturaleza, y sus preceptos han sido claramente desconocidos por las leyes humanas que han

⁷⁹ VILLEY. Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchretien. París, 1968. Pág. 186.

⁸⁰ VILLEY. M. *Op. Cit.* Págs. 214-216.

instituido, por ejemplo, el derecho de propiedad. Es decir, este sentido del Derecho natural no tiene ningún interés actual.

3.- Un tercer sentido consideraría como derecho natural las consecuencias que se derivan racionalmente de una convención o acuerdo entre los hombres o de una regla positiva. Y así, por ejemplo, al estar positivamente instituido el derecho de propiedad, resulta lógico que lo que se deje en depósito deba ser restituido al propietario. Este es el único sentido en el que OCCAM atribuye fuerza al Derecho natural, pero se observa claramente aquí que está hablando de un Derecho natural que ha perdido cualquier ligazón con la naturaleza, con un hipotético orden natural y que, en consecuencia, carece de carácter universal y obligatorio para el legislador. Como literalmente señala VILLEY. “Por lo tanto, las conclusiones que el jurista obtiene silogísticamente de las leyes perderán valor cuando el legislador decida modificarlas, y sólo valdrán hasta que varíe la voluntad del legislador, que le sirvió de fundamento. La autoridad legislativa que ha instituido el régimen de la propiedad está perfectamente habilitada para prescribir que, en ciertos casos, el depósito no será restituido. (...) Cuando un nuevo texto del legislador aparece, todas las conclusiones lógicas del derecho natural devienen, como dirá Kirchmann en la época del triunfo absoluto del positivismo, *bavardage vain et péréimé*”.⁸¹

VILLEY afirma que el verdadero sentido del Derecho natural, que para él no es otro que el formulado por Santo Tomás, no se encuentra en el *Dialogus*, y ello obedece a su juicio de que el auténtico Derecho natural no encaja en la óptica nominalista, que está imposibilitada para concebirlo.

Las derivaciones del nominalismo en el plano político se manifiestan primordialmente en el *Breviloquium de principatu tyrannico*,⁸² obra en la que Occam entra en el mayor conflicto político medieval: la lucha por la primacía entre el Emperador y el Papa, inclinándose claramente a favor del primero, a la sazón Luis de Baviera, y situándose en el mismo lado de Juan de París y de Marsilio de Padua. Con el mismo armazón argumental ya expuesto, Occam destruirá las pretensiones papales que, desde la Donación de Constantino, afirman una visión del mundo, de la

⁸¹ VILLEY, M. *Op. Cit.* Pág. 216.

⁸² Existe edición en castellano con traducción y estudio de Pedro Rodríguez Santidrián en Editorial Tecnos, Madrid, 1992. Colección Clásicos del Pensamiento.

humanidad, que por naturaleza es unitaria y forma un solo cuerpo, por lo que reclama (también por lógica natural) una sola cabeza; cabeza que naturalmente ha de ser la del Papa toda vez que “*ainsi que le corps reçoit de l’âme l’être, la puissance, la mise en acte, ainsi la jurisdiction temporelle de la jurisdiction spirituelle de Pierre et de ses successeurs.*”⁸³

Es evidente que una argumentación de tal porte iba a ser claramente destruida por OCCAM conociendo sus esquemas de pensamiento. En efecto, rechazando cualquier interpretación mística de las Escrituras, el franciscano aboga por una interpretación literal, “positiva” de los textos sagrados, entre los que destaca una frase de Jesús que no admite duda: “dad a César los que es del César”, es decir, el poder temporal corresponde, únicamente al Emperador⁸⁴.

Como apunta VILLEY, “con una coherencia perfecta, el Ocam-jurista sigue la vía del Ocam-filósofo”⁸⁵.

Hasta aquí hemos visto los antecedentes nominalistas del pensamiento occamiano y su repercusión en los ámbitos teológicos, políticos y del pensamiento jurídico general. Nos resta por ver lo que constituye el sentido estricto de nuestro estudio y que es el corolario consecuente de todo lo anterior: el surgimiento de un nuevo concepto jurídico, o dicho con mayor propiedad, la reconstrucción de un antiguo término, el *ius*, del que nacerá el concepto jurídico central del Derecho moderno: *el derecho subjetivo*.

3.4. La controversia jurídica y el surgimiento del concepto del derecho subjetivo.

Siguiendo una vez más a FOLGADO⁸⁶, podemos resumir los puntos de partida de la controversia jurídica en los siguientes términos:

⁸³ VILLEY, M. *Op. Cit.* Pág. 218.

⁸⁴ OCCAM, G. *Sobre el gobierno tiránico del Papa*. Tecnos, Madrid, 1992. Pág. 46.

⁸⁵ VILLEY, M. *Op. Cit.* Pág. 224.

⁸⁶ FOLGADO, A. *Op. Cit.* Pág. 108

Los franciscanos pretenden mantener vigente el estado de cosas sentado por Nicolás III en la Decretal *Exit*, defendiendo en consecuencia los siguientes principios de su relación con los bienes temporales:

1º.- Carecen de toda propiedad.

2º.- Carecen de todo derecho.

3º.- Tienen sólo el simple uso de hecho.

4º.- El uso de hecho es un uso lícito.

5º.- En artículo de extrema necesidad pueden acudir al Derecho natural que hace todas las cosas comunes al estar la propiedad instituida por el derecho positivo.

Enfrente, Juan XXII y los juristas papales van a intentar sentar unas premisas radicalmente distintas, que como se puede observar a primera vista ofrecen una mayor solidez lógico-jurídica, afirmándolas por primera vez en la Constitución *Ad conditorem*, de la que serán tributarios el resto de los documentos pontificios. Son las siguientes:

1º.- Es imposible el uso sin la propiedad en las cosas consumibles por el uso.

2º.- En cualquier cosa es imposible el uso de mero hecho sin algún derecho.

3º.- Si, no obstante, se sigue diciendo que los franciscanos tienen en los bienes temporales el solo uso de hecho sin la propiedad o algún derecho, habrá que concluir que se trata de un uso ilícito, lo que no es presumible en la mente del legislador.

En esta situación surge el genio dialéctico de Guillermo de Occam que, con una base jurídica mucho menos sólida que la del bando papal, construirá el nuevo concepto de derecho, “elaborado con pasión para defender el privilegio de no poseer ninguno”, como apunta Folgado⁸⁷. Contradicción ésta que su suma a la primigenia e inicial de toda esta historia, pues como agudamente señaló Villey :” *Il est curieux que les disciples de saint François, les humbles mineurs aient constitué une Ecole de philosophie; plus curieux encore que ces fidèles de la pauvreté aient apporté une*

⁸⁷ FOLGADO, A. *Op. Cit.* Pág. 146.

*contribution que je crois capitale à la doctrine des sources du droit, et du droit de propriété*⁸⁸

Si cabe aun, a mi modesto entender, puede descubrirse una contradicción mayor, la que resulta del seguimiento del hilo argumental elaborado por Guillermo de OCCAM para defender las tesis franciscanas y que concluye con el surgimiento de un nuevo concepto de *ius* sobre razones y fundamentos claramente extrajurídicos. A ella añadiremos, para finalizar otra contradicción que, en este caso me parece meramente aparente, la que para algún autor surge al comprobar que el concepto de derecho elaborado por OCCAM y que ha servido de base a la construcción de la relación jurídica del Derecho moderno, niega en teoría la existencia de cualquier relación. Vayamos por partes.

OCCAM define el concepto de *ius*, en su acepción general, como una potestad, en concreto como una “potestad humana principal de vindicar en juicio una cosa temporal y tratarla de todos los modos que no estén prohibidos por el derecho natural⁸⁹”. Esta potestad principal trae causa bien de la recta razón, y se denomina entonces *ius poli*, o bien de un pacto previo, recibiendo el nombre de *ius fori*.⁹⁰ En todo caso, la potestad ha de ser siempre lícita, porque al ser el derecho una aplicación de la justicia, nada ilícito merecerá el nombre de derecho; elimina así el franciscano del ámbito del derecho las potestades ilícitas como las del ladrón sobre el objeto robado o incluso las del propietario para el uso indebido de sus bienes. Folgado extiende esa exclusión a las potestades ilícitas pertenecientes al campo puro de los hechos⁹¹, en una afirmación que parece señalar que de los meros hechos no pueden surgir potestades lícitas, lo que no se explica suficientemente y no acaba de entenderse de forma adecuada, puesto que creo que es perfectamente posible el surgimiento, por ejemplo, de la lícita potestad del dueño del árbol para consumir los frutos del mismo, situación ésta puramente fáctica de la que nace un derecho cuya licitud nadie ha cuestionado.

⁸⁸ VILLEY, M. *Op. Cit.* Pág. 176. “Es curioso que los discípulos de San Francisco, los humildes hermanos menores, hayan constituido una Escuela de Filosofía; pero más curioso es aun que estos servidores de la pobreza hayan realizado una aportación que yo creo capital en la doctrina de las fuentes del derecho y del derecho de propiedad.”

⁸⁹ *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 2, columna 10.

⁹⁰ *Opus Nonaginta Dierum*, Capítulos 61 y 65

⁹¹ FOLGADO, A. *Op. Cit.* Pág. 114. “Puesto que el derecho es del orden de la justicia, virtud moral, es evidente que nada injusto merece el nombre de derecho. Con ello quedan fuera del concepto de *ius* las potestades ilícitas pertenecientes al campo puro de los hechos: las del ladrón que usa los bienes robados y las del mismo propietario que utiliza indebidamente sus riquezas.”

Pero, dejando al margen la anterior digresión, lo cierto que OCCAM no define el concepto de *potestas*, y sin embargo parece identificarlo -junto con el de *ius* - con un tercer término: el de *licentia*,⁹² licencia o licitud, a la que configura como poder o autorización y respecto de la que señala que puede derivar bien de la ley natural, bien de la ley positiva o bien de un acto autorizado por una ley pero que él mismo no es ley; como vemos la primera fuente se puede identificar con la que hace surgir el *ius poli* y las otras dos pueden encajar perfectamente en la causa del *ius fori*, en el entendimiento de ley positiva como pacto entre seres humanos.

Aparece así una seria confusión conceptual al identificar el término inicial que se pretende definir, *ius*, con uno de los elementos integrantes de la propia definición, *potestas*, a la vez que ambos se confunden con un tercero, *licentia*, haciendo derivar a este último de las mismas fuentes que generan el primero.

En un avance argumentativo no suficientemente explicado (sino más bien contradictorio) se afirma seguidamente que “sólo es *ius* la licitud, autorización o poder que, por ser emanación de la ley natural o positiva, es, al mismo tiempo, obligación universal”, de forma que “no es *ius* el poder, autorización o licitud que, por emanar de un acto que no es ley, no es al mismo tiempo obligación universal”, lo que contradice palmariamente el sistema de fuentes previamente definido por el propio OCCAM⁹³

En la misma línea, el franciscano añade a la nota de universalidad del *ius* la de obligatoriedad, afirmando que “el derecho es un poder, licitud..., del cual nadie puede ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable⁹⁴”. Este poder en que consiste el derecho se transforma para los demás en un deber, que se extiende incluso al propio legislador, que no podrá ir contra el derecho de los demás si no media culpa o causa justa. No se comprende muy bien porqué se llega a esta conclusión, aunque se entiende perfectamente adónde y para qué se quiere llegar. El argumento parece, sin embargo, bastante contradictorio, en efecto, si se afirma

⁹² O.N.D. Cap. Columna 4: “Es por esto por lo que el contenido *comunissime* del derecho puede ser también precisado con el término *licentia*”. (Traducido por Folgado, pág. 115).

⁹³ Recordemos que Occam admitía también que la potestad contenida en el derecho pudiera derivar también del pacto. O.N.D. Cap. 61. Columna 2.

⁹⁴ O.N.D. Cap. 61. Columna 4. “*Nemo privandus est jure suo absque causa et sine culpa*”

previamente que una de las causas o fuentes del *ius* es la ley positiva, no se explica adecuadamente porqué esa misma ley positiva no va a poder operar como causa negativa, es decir, negadora o extintiva del derecho. En cualquier caso, la conclusión a la que quiere llegar OCCAM se expresa en términos meridianos: *el derecho es poder inviolable*. En la definición de la inviolabilidad es donde se concreta el sentido definitivamente.

Como precisa FOLGADO, esa inviolabilidad u obligatoriedad del derecho frente a todos, en el titular, es posibilidad de defensa: *potestas defendendi et vindicandi*⁹⁵. En esta defensa distingue dos vías en función de la fuente del derecho; si se trata de un derecho natural, *ius poli*, por medios puramente naturales, y si se trata de un derecho derivado de la ley positiva, *ius fori*, mediante las acciones o excepciones establecidas en el derecho positivo.

Se llega así a donde se quería llegar, pues se defiende con esta tesis la teoría de que los frailes menores carecen de todo derecho al no poder defender ni vindicar en juicio los bienes de los que se sirven y usan. Pero, en realidad, como vemos del razonamiento de OCCAM no se deriva en puridad tal conclusión, sino tan sólo la de que los franciscanos carecen de una modalidad de derecho, el *ius fori*, pero conservan la otra, el *ius poli*. Esta contradicción sólo puede ser salvada de dos formas, o confundiendo *ius poli* con *usus*, que es lo que en realidad hace OCCAM, o afirmando que todos los derechos sobre bienes temporales, excluido el de propiedad, son de derecho natural, que es lo que parece querer hacer nuestro autor, al verse obligado a salvar la contradicción afirmando que los frailes menores pueden usar y disponer de los bienes temporales “por licencia del propietario”⁹⁶, licencia que -ya sin el más mínimo apoyo lógico y jurídico- define como *obligatoria*, ya que “en todo caso los fieles están obligados a otorgar la licencia según sus fuerzas, puesto que los franciscanos son predicadores del Evangelio”⁹⁷. Argumento éste que de admitirse a puros efectos dialécticos, no haría sino profundizar en la contradicción toda vez que por su propia naturaleza se situaría en el *ius fori* y no en el *ius poli*. A éste sólo se circunscribe Occam cuando, reconociendo que la licencia del propietario puede desaparecer (porque la fe de los buenos se ha enfriado y el corazón de los

⁹⁵ FOLGADO, A. *Op. Cit.* Pág. 116.

⁹⁶ *Opus Nonaginta Dierum*, Cap. 64, columna 2.

⁹⁷ *O.N.D.* Cap. 65, columna, 3. Traducido por Folgado, “derecho que tuvieron Cristo y los Apóstoles y tienen todos los predicadores del Evangelio”.

ricos endurecido) fundamenta por último la disposición y uso de los bienes temporales “en el derecho natural de la comunidad de bienes en la medida necesaria para el sustento de la vida”.⁹⁸

Toda esta complicadísima y confusa argumentación elaborada por Guillermo de OCCAM para llegar a una conclusión forzada e ilógica, contrasta con la nitidez y la solidez lógica y jurídica de los razonamientos de Juan XXII al afirmar que “es imposible el simple uso de hecho sin algún derecho”, toda vez que “si el simple uso de hecho fuera posible sin algún derecho, el acto de usar sería no justo, pues respecto de él no hay derecho”⁹⁹.

La confusión expositiva es por otra parte una de las características típicas de toda la obra de OCCAM; en este sentido señala Fernando PRIETO que “cada una de sus obras es un verdadero laberinto de temas, y cada tema es un laberinto de opiniones, argumentos a favor, argumentos en contra. Entre tantos pros y contras, Occam esconde su opinión, porque quiere que el lector saque sus propias conclusiones.”¹⁰⁰

Cualquiera que fuera la intención expresa u oculta del franciscano, es evidente que el triunfo lógico-jurídico en la controversia de la pobreza debió corresponder, sin duda, a Juan XXII; pero es igualmente evidente e incontestable que el triunfo histórico definitivo correspondió a Guillermo de Occam, y ello fue así porque, en pura lógica, no podía ser de otra forma. Veamos por qué.

En realidad, la disputa no era jurídica, sino filosófica. A poco que reflexionemos sobre lo expuesto más arriba, nos daremos cuenta de que la cuestión se había resuelto perfectamente con una sutilísima y depuradísima técnica argumental en la *Responsio ad quaestionem de paupertate Christi et Apostolorum* de Ubertino de Casale;¹⁰¹ entonces, ¿por qué continuó la disputa?. Sencillamente porque los tiempos lo demandaban, y aquí estriba la fuerza y la grandeza de Guillermo de Occam, pues indudablemente supo estar a la altura de su tiempo.

⁹⁸ O.N.D., 61,4 y 65.5.

⁹⁹ En las Constituciones *Ad conditorem*, pág. 96 y *Quia quorundam*, pág. 117.

¹⁰⁰ PRIETO, Fernando, *Manual de Historia de las Teorías Políticas*. Unión Editorial, Madrid, 1996.

¹⁰¹ Transcrita por FOLGADO, A. en la obra citada, en la nota al pie número 7 de la página 98.

3.5. La relación en el derecho elaborado por Occam.

Una primera aproximación a la teoría jurídica del concepto de derecho occamiano, -apuntada por Folgado sobre la elaborada en su día por Juan Mayr- afirma, desde una perspectiva filosófica, la inexistencia de relación alguna en el concepto de *ius* formulado por el *venerabilis inceptor*, ante la que considera imposibilidad del nominalismo para aceptar la existencia real de los universales, que es precisamente lo que sería el término “relación”. Así, se dice que si para los escolásticos el derecho es formalmente la razón y relación entre el mismo sujeto poseedor y la cosa poseída, para los nominalistas, puesto que niegan la existencia de toda relación, real o de razón, así como toda distinción entre sustancias y accidentes, el derecho es, sin que quepan alternativas, o la cosa misma o el mismo sujeto poseedor.¹⁰²

MAYR¹⁰³ encontró serias dificultades para trasladar esta visión filosófica al ámbito jurídico puesto que la misma hacía inviable la distinción entre las diversas clases de derechos ya que, al prescindir del contenido del mismo y centrarse exclusivamente en el sujeto, resultaba igualmente predicable tanto del dominio como del uso o el usufructo, lo que ofrecía una definición de *ius* ciertamente pobre en el ámbito jurídico y radicalmente inútil a efectos hermenéuticos.

No obstante, esta primera aproximación negativa nos permite vislumbrar lo que constituirá la aportación decisiva del nominalismo a la evolución del orden jurídico. Transcribimos aquí las acertadas palabras de GALLEGO:

“Después de todo lo visto, y comprobada la imposibilidad del nominalismo de suprimir toda idea de relación, podríamos preguntarnos qué ha quedado del planteamiento nominalista del derecho. Sin duda mucho, pero fundamentalmente creo que estas dos cosas: primera, una visión voluntarista de lo jurídico; el derecho como poder, dominio o facultad. Y, segunda, el derecho concebido como una realidad inherente al sujeto. No se ha podido suprimir, es verdad, toda idea de

¹⁰² FOLGADO, A, *Op. Cit.* Págs. 109-111

¹⁰³ Juan MAYR, (1469-1550). Fue el último de los grandes maestros nominalistas y una de las más respetadas autoridades de la Sorbona de París. Fue también profesor en el Colegio de la Navarra y en la Universidad de Glasgow. Se sigue la traducción hecha por Folgado de su obra *In Quartum Sententiarum, quaestiones utilissimae*, publicada en París en 1516.

relación en el derecho, pero su realidad se sitúa definitivamente no en la relación misma sino en el sujeto. El derecho es, en definitiva, un poder del sujeto. Un poder que, tal y como hoy se entiende, implica una relación, pero donde el derecho ya no consiste esencialmente en ésta”¹⁰⁴

Coincido plenamente con esta consideración; el concepto del derecho formulado por OCCAM se sitúa y tiene su fundamento en el sujeto, pero implica necesariamente una relación. ¿Cuál es la estructura de esa relación?, y sobre todo ¿quién es el que resulta y aparece obligado en la misma? Veamos.

La investigación no requiere grandes búsquedas; la respuesta se ofrece ya nítidamente en la misma definición del *ius* ofrecida por Occam: *Potestas humana principalis vindicandi et defendendi in humano iudicio rem aliquam temporalem*.¹⁰⁵

En esta potestad humana principal de vindicar y defender en juicio una cosa temporal, se encuentra la estructura general del derecho occamiano que luego se precisará para cada uno de los derechos concretos a los que se refiera; así, por ejemplo, el dominio se definirá como “*pro potestate quadam speciali vindicandi rem temporalem aliquam et defendendi, ac tenendi et disponendi*”¹⁰⁶, pero la estructura general es clara y en la misma observamos:

- 1º.- Un potestad o facultad, que pertenece a:
- 2º.- Un ser humano, un sujeto individual, y que consiste en:
- 3º.- La posibilidad de vindicar y defender; pero ¿el qué?:
- 4º.- La cosa temporal, el bien, y ¿dónde? ¿ante quién?:
- 5º.- En juicio; es decir ante la autoridad representada por los jueces y magistrados; y ¿frente a quién?:
- 6º.- Lógicamente no frente a la propia autoridad ante quien se invoca, sino frente a *todos los demás* sobre los que los jueces y magistrados pueden ejercer su autoridad.

¹⁰⁴ GALLEGO, Elio A. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Dykinson, Madrid, 1996, Pág. 111.

¹⁰⁵ *Opus Nonaginta Dierum*, Cap 2. Columna 9.

¹⁰⁶ En el mismo lugar de la nota anterior.

Así de sencillo. Aparece pues una relación trilateral perfectamente definida y coherentemente articulada, en la que intervienen tres sujetos:

- 1.- Un sujeto activo: el titular del derecho.
- 2.- Un sujeto garante: la autoridad pública, jueces y magistrados.
- 3.- Un sujeto pasivo u obligado: los individuos que integran la comunidad sobre los que los jueces pueden ejercer su autoridad.

El contenido de la obligación del sujeto pasivo podrá ser de mero respeto o abstención frente a la cosa sobre la que el sujeto activo ejerce su derecho o bien consistir en la entrega de la cosa o bien que a éste le pertenece.

Como apunta Folgado, el *ius* de Occam consiste en un poder que para los demás, es deber, si no media culpa o causa justa. Nadie puede ir contra el derecho de los demás; en palabras del franciscano “*nemo privandus est jure suo absque et sine culpa*”¹⁰⁷.

Y así, como recuerda el mismo autor, el *ius defendendi et vindicandi*, que acompaña a todo derecho, se convierte en un *ius actionum o exceptionum* ante los jueces: *pro omne ius fori potest quis in iudicio litigare*. Todo titular tiene facultad para defender en juicio su derecho: *Quilibet ius suum positivum in iudicio prosequi litigare*.¹⁰⁸

3.6. Evolución restrictiva: hacia la relación bilateral.

Se inicia aquí el punto de inflexión en el recorrido histórico de este trabajo. Con él, como se recordará, se pretendía demostrar la inexistencia de algún obstáculo conceptual sólido para articular la peculiar estructura jurídica requerida para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales en el armazón típico del derecho subjetivo, en cuanto éste último se configuró como la base técnica y jurídica sobre la que se levantó la estructura de los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Ya citado en nota previa, *O.N.D.* Cap. 61, Columna 4.

¹⁰⁸ FOLGADO, A, *Op. Cit.* págs. 121-122.

Entiendo, en esa línea, que ya en el mismo origen del concepto moderno del *ius* se configura una relación de naturaleza trilateral, en la que intervienen necesariamente tres sujetos (al margen del concepto actual de relación jurídica en el que los sujetos son dos, unidos por un vínculo jurídico) y que es perfectamente apta para soportar desde el plano de la teoría jurídica el esquema técnico necesario para satisfacer adecuadamente las exigencias de los derechos económicos, sociales y culturales, la inmensa mayoría de los cuales precisan como sujeto pasivo a los particulares, situándose la autoridad pública en posición de garante entre éstos y el sujeto activo que active el ejercicio del derecho.

No existe, por lo tanto, a mi juicio, en los orígenes del derecho subjetivo determinación alguna en la configuración de éste que impida sostener, bajo su estructura conceptual, la configuración teórica y la articulación práctica de los actuales derechos económicos, sociales y culturales.

Las disonancias entre ambos conceptos no son, por lo tanto, de orden conceptual o principal, sino fruto de un devenir histórico determinado que, como en todos los casos, una vez completado su desarrollo, puede orientarse en una dirección distinta o complementaria.

El hecho de que las primeras declaraciones liberales de derechos configurasen un elenco de facultades que garantizaban al ser humano (sujeto activo) primordialmente el respeto de los demás en una serie de bienes inmateriales (vida, libertad, seguridad) cuyo principal adversario se consideraba que era el poder público (por inercia de la prevención frente al monarca absoluto) y que en dicho poder público se incardinaban precisamente los jueces y tribunales encargados de su garantía, generó y propició que una confusión práctica meramente coyuntural llegase a ser considerada como una efectiva confusión conceptual y estructural.

La burguesía liberal triunfante no necesitaba garantizarse jurídicamente frente al aparato estatal una serie de bienes y derechos materiales que sociológicamente le estaban asegurados y respecto de los que disponía de medios de otra naturaleza para defenderlos frente a los individuos no burgueses; por lo tanto el establecimiento de una relación bilateral entre el hombre burgués y el Estado era más que suficiente, al hacer coincidir en éste último los papeles de garante y obligado en relación con el

respeto y garantía de unos derechos de naturaleza formal. La *estructura* del derecho se adecuaba así al *contenido* del mismo.

El mismo enfoque se puede apreciar en PECES-BARBA cuando afirma que: “lo cierto es que la idea de derecho subjetivo se impone en el mundo moderno como categoría vinculada a su creación por el individualismo burgués. Los derechos fundamentales se explicarán desde esa perspectiva. De ahí la importancia del tema, aunque también se pueden ya profetizar, las dificultades de los derechos fundamentales para salir del marco de la filosofía burguesa y para generalizarse, al existir este marco individualista de los derechos subjetivos. El problema se presentará sobre todo en el siglo XIX y XX con los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁰⁹.

Acierta el autor en el análisis de los problemas, y también en su diagnóstico: la naturaleza de las dificultades es esencialmente sociológica, no jurídica.

¿Cuándo y por qué se inició la deriva desde el inicial concepto occamiano? Veamos. Ya en los primeros seguidores nominalistas de Occam se aprecia un temprano interés por enfatizar el aspecto estático del derecho, su fundamentación individualista, relegando a un segundo término, cuando no ignorándolo completamente, el desarrollo dinámico del concepto, su vertiente activa generadora de la facultad de actuar en juicio frente y contra los obligados. La explicación tal vez se encuentre en la necesidad del momento de profundizar precisamente en lo que de novedad hay en el *ius* moderno, y que rompe con la tradición anterior, es decir, su impronta individual que lo hace fundamentarse exclusivamente en el sujeto titular del mismo. La vertiente dinámica se acomodaba mejor con la antigua concepción del derecho como equilibrio y relación entre dos o varias partes y, en consecuencia, no parecía necesario insistir en ella. Lo que ocurrió fue, que a fuerza de analizar y destacar sólo el aspecto de la fundamentación individual, éste acabó por asumir la práctica totalidad de un concepto del que, en principio, no era sino un elemento (y desde luego no el más importante en orden a los efectos perseguidos por el franciscano que elaboró su teoría).

¹⁰⁹ PECES-BARBA, G. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Ed. Mezquita, Madrid, 1982. Pág. 198.

Así, Juan DE GERSON, (1363-1429), seguidor de Occam, obispo de Puy, nominalista y padre del galicanismo en Francia, formula una definición del *ius* en la que destaca el elemento fundamentador del derecho, omitiendo cualquier mención expresa a la posibilidad de su defensa y vindicación en juicio, describiéndolo como “Poder o facultad actual atribuida a alguien por dictamen de la recta razón” (*ius est potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*)¹¹⁰. Bien es cierto que la referencia a la “potestad activa” pudiera entenderse en un sentido procesal, como actualización del poder en que el derecho consiste mediante su ejercicio, pero de forma en todo caso indirecta y alejada de la clara y principal expresión contenida al respecto en la formulación de Occam.

Conrado SUMMENHART, (1450-1502) doctor y decano de la Facultad de Teología de la Universidad de Tubinga, que aunque formalmente adscrito a la *vía antigua*, recibe y acusa las influencias nominalistas, considera al *ius* como: *Potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*.¹¹¹ Como se puede apreciar, aquí desaparece ya cualquier referencia, siquiera indirecta, a la vertiente activa del derecho para su actualización mediante su ejercicio ante los tribunales. Sólo posteriormente, en el estudio más detallado del derecho, y en la tradicional consideración de éste como relación, afirma la existencia de un término remoto y un término próximo; el primero será la cosa o realidad sobre la que el poder se ejerce, constituyendo el término próximo las acciones o excepciones que el sujeto puede ejercer. Pero estas disquisiciones se operan en el análisis del contenido del *ius*, no en su definición.

Curiosamente, fue Juan DRIEDO (1480-1520), tradicionalista y catedrático de teología en la Universidad de Lovaina, quien hizo por estas fechas más referencias al aspecto dinámico del *ius*, al afirmar, de forma un tanto imprecisa, eso sí, que el derecho puede definirse como poder o facultad de uno sobre otro: *esse potestatem unius super alium*,¹¹² señalando que el contenido de todos los derechos está formado, por el conjunto de facultades y acciones que a cada uno le es dado ejercer

¹¹⁰ Extraída por Folgado de la recopilación de la obra de Gerson, *Opera Omnia*, editada en París en 1521, en la tercera parte, tratado *De vita spirituali animae*, *Lectio III*, folios 323-325., en los que se contiene su doctrina sobre el derecho.

¹¹¹ Su teoría sobre el derecho la expone en la *Quaestio prima*, de su obra *De contractibus*. Folgado sigue la edición de Hagenau, 1515; estudiando los folios 47 a 50.

¹¹² En el Libro III del Tomo cuarto de su Tratado *De libertate Christiana*, Lovaina, 1553, según Folgado en el Capítulo I, folio 9.

en ellos y que constituyen su medida: *in unumquodque horum quisque tantum habet juriis quantum actionis circa iulld fas est sibi exercere*.¹¹³

Pero sería Juan MAYR, el último de los grandes maestros nominalistas como arriba señalábamos, quien, además de caer en la confusión de planos apuntada más arriba y que le hizo llegar a negar en un primer momento la existencia de toda relación en el concepto moderno del *ius*, afirmó respecto del derecho de propiedad que: *dominium rei vel est res ipsa rem ipsam possidens*,¹¹⁴ llegando así a identificar el derecho bien con la misma cosa poseída o bien con el propio sujeto poseedor, definición ésta en la que desaparece por completo cualquier referencia a la actualización procesal del derecho.

Con estos epílogos nominalistas se inició la reducción bilateral del concepto del *ius* en el ámbito teórico. El desarrollo dogmático posterior nos llevará a la Escuela española de Derecho Natural.

Capítulo 4.- La recepción del concepto de derecho subjetivo en el pensamiento católico.

Es en la doctrina generada en el ámbito de la escolástica española, y especialmente en la obra de SUÁREZ, donde se produce la variación determinante hacia una relación bilateral de concepto occamiano de derecho subjetivo; y así, el sujeto se relacionará solamente con la cosa sobre la que opera su poder, mientras que se impone al resto de la sociedad –a los demás- la obligación de no interferencia en el ejercicio del derecho por parte de su titular. Este esquema, que se construirá sobre el sustrato conceptual generado por la identificación intuitiva y práctica del *ius* con el *dominio*, de un lado, y con la *libertad*, de otro, se ofrecerá como base ideal sobre la que las revoluciones liberales levantarán con sus declaraciones de derechos un depurado sistema de protección ideológico y jurídico de su derecho más querido: el de propiedad.

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ “El derecho es, o la misma cosa poseída, o el sujeto posidente”. In *Quartum Sententiarum, quaestiones utilissimae*, París, 1516, 15, 1º, folio 73, columna 4. Citado por Folgado.

Entre nosotros GALLEGO poner de relieve que la evolución del pensamiento europeo posterior al siglo XIV estuvo marcada por el predominio en las universidades de la “vía moderna” iniciada por Occam y su filosofía nominalista. Esta influencia se producirá tanto en el ámbito protestante como en el católico, aunque en éste con una perspectiva peculiar, la que se determina por una voluntad de atenerse fundamentalmente a la tradición tomista que se conjuga con la evidencia de la asunción material de la concepción nominalista. Ello es especialmente significativo en las obras de Vitoria, Aragón y Soto, en las que al analizar el concepto de *ius* se parte de una consideración típicamente tomista –tomada del Digesto- entendido como “el objeto de la justicia” y se acaba por asumir, al abordar la relación entre derecho y dominio que *ius est potestas vel facultas conveniens alieni secundum legem* en la definición que toma Vitoria de Gerson a través de Conrado.¹¹⁵

Si el dominico Domingo DE SOTO expresa la última voluntad decidida de mantenerse fiel a la tradición tomista, rechazando expresamente la identificación entre derecho y dominio, será el jesuita Francisco DE SUÁREZ quien propicie la ruptura, el punto de inflexión, al aceptar plenamente la idea subjetiva del *ius* como la acción o facultad moral que cada uno tiene sobre su cosa o sobre la cosa que de algún modo le pertenece, consolidando la identidad entre *ius* y *dominium*.

Veamos a continuación, con algo más de detalle, cómo se produce esta específica evolución en el seno del pensamiento católico de los juristas españoles del siglo XVI, no sin antes hacer una breve referencia a la influencia de los clásicos españoles sobre el pensamiento jurídico posterior.

4.1.- Historiografía de la Escuela de Salamanca.

El iusnaturalismo español generado en torno a la Escuela de Salamanca ha sido objeto de múltiples aproximaciones doctrinales, tanto genéricas como temáticas y procedentes tanto de reflexiones foráneas como internas. Tal vez la más amplia y reciente recopilación de los trabajos realizados sea la efectuada por PÉREZ LUÑO¹¹⁶, a quien seguiremos en estas líneas, y que muestra su preferencia por la

¹¹⁵ GALLEGO, *op cit.* Pág. 118.

¹¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho.* Ed. Trotta, Madrid, 1992. Págs. 43 a 75.

denominación de “Clásicos españoles del Derecho Natural”¹¹⁷, frente a las tradicionales expresiones “Escuela Española”, “Escuela Española del Derecho Natural” o “Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes”, que rechaza desde el cuestionamiento de la existencia de una verdadera “escuela” en la versión fuerte del término, caracterizada por una estricta unidad doctrinal de quienes la integran, admitiendo tan sólo la posibilidad de asumir una versión débil que expresaría simplemente una cierta coincidencia respecto a “la manera de ver las cosas”, como fue definida por NICOL.¹¹⁸

En el ámbito español sitúa PÉREZ LUÑO el renacimiento de los estudios sobre la Filosofía del Derecho y el Derecho Natural, tras el declive universitario iniciados a mediados del siglo XVII, con el establecimiento de la primera Cátedra de Derecho Natural y de Gentes en el año 1770 en los Reales Estudios de San Isidro de Madrid, ocupada inicialmente por el profesor Joaquín MARÍN Y MENDOZA, quien publica una sencilla *Historia del Derecho Natural y de Gentes*¹¹⁹ en la que dedica un espacio insignificante a los iusnaturalistas hispanos del siglo XVI, en su pretensión de dar a conocer en España las nuevas doctrinas del Derecho Natural. Ya en el siglo XIX, dentro de los planteamientos ideológicos neoescolásticos, sólo es susceptible de reseña la obra del Cardenal dominico Zeferino GONZÁLEZ en la que se manifiesta un interés y conocimiento relevantes sobre los maestros de la Escuela de Salamanca.¹²⁰ Sin embargo, y por paradójico que pudiera parecer en un principio, será en los ambientes liberales y reformadores en donde se producirá la recuperación efectiva de las doctrinas de los clásicos españoles del derecho natural.

Afirma en este sentido PÉREZ LUÑO que “corresponde a Francisco Martínez Marina el incuestionable mérito de haber iniciado un proceso reivindicativo de los iusnaturalistas clásicos hispanos; así como el haber auspiciado una lectura

¹¹⁷ PÉREZ LUÑO, A-E; “Los clásicos iusnaturalistas españoles” en *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo I: Tránsito a la Modernidad*. Dir. Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández García. Ed Dykinson, Madrid, 1998. Pág 510.- Coincide así con Antonio Truyol y Serra en la denominación que utiliza en su obra *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. 2. Del Renacimiento a Kant*. Alianza Editorial, Madrid, 1988, pág 77.

¹¹⁸ NICOL, Eduardo. *El problema de la Filosofía Hispánica*. Ed. Tecnos, Madrid, 1961, pág. 166.

¹¹⁹ MARIN Y MENDOZA, Joaquín. Madrid. 1776.- Existen dos ediciones actuales, la primera a cargo de Manuel García Pelayo, en el Instituto de Estudios Políticos, en Madrid, en 1950, y la segunda, más reciente, publicada por la Institución Alfons el Magnànim, en Valencia, en 1999

¹²⁰ GONZÁLEZ, Zeferino. “Sobre una Biblioteca de teólogos españoles”, en sus *Estudios religiosos, filosóficos, científicos y sociales*. P. López, Madrid, 1873. Págs 207 y ss.

renovadora, en clave liberal y democrática, de sus doctrinas”.¹²¹En su obra¹²², Martínez Marina, exhibe como referencia el trabajo de los clásicos españoles del Derecho Natural para propugnar un sistema educativo y una ilustración popular a “la opinión pública sobre las primeras verdades en que se apoyan los derechos del hombre social y la justicia de nuestra libertad”. Centra su análisis sobre la escolástica española con ocasión de la redacción de su Defensa frente a las acusaciones de la Inquisición.¹²³Manifiesta ahí un conocimiento profundo de las obras de iusnaturalistas hispanos, a quienes en una obra posterior¹²⁴, señalará como las raíces históricas de los principios del constitucionalismo, al descubrir en sus tratados el reconocimiento de la soberanía popular y el derecho a la resistencia del pueblo frente a la tiranía.

En el ecuador del siglo XIX, Jaime Balmes realiza una aproximación a los clásicos iusnaturalistas de Salamanca con una orientación liberal y democrática, en opinión de Pérez-Luño¹²⁵, aunque Menéndez Pelayo aprecie más bien en él una innegable impronta neoescolástica.¹²⁶ Lo cierto es que el sacerdote catalán, en su obra *El Protestantismo comparado con el Catolicismo en sus relaciones con la civilización europea*, vuelve, al igual que Marina, a descubrir el germen los movimientos liberales en los clásicos españoles, reivindicando la tesis de Suárez sobre el origen mediato del poder o las de Mariana y Saavedra Fajardo sobre los límites del poder y el derecho de resistencia frente a la injusticia o el despotismo.¹²⁷Pero tal vez, el mayor mérito en la revalorización del pensamiento clásico español sea el de Antonio Canovas del Castillo, con ocasión de sus estudios historiográficos sobre el período de la Monarquía de la Casa de Austria¹²⁸, afirmando la superioridad de los clásicos españoles sobre los autores del XIX por la mayor

¹²¹ PÉREZ-LUÑO., Antonio-Enrique. *La polémica...* pág. 48.

¹²² MARTÍNEZ MARINA, F. Además de las que luego se citarán, el pensamiento central se recoge en *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, publicada en edición póstuma en 1822, por la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1933.

¹²³ MARTÍNEZ MARINA, F. *Defensa del Doctor don Francisco Martínez Marina contra las censuras dadas por el Tribunal de la Inquisición a sus obras, Teoría de las Cortes y Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de España (1818)*. Incluida ahora, como señala Pérez-Luño, en las *Obras Escogidas de don Francisco Martínez Marina III*. Biblioteca de Autores Españoles, volumen 219. Atlas, Madrid,

¹²⁴ MARTÍNEZ MARINA, F. *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, op. cit., págs. 242 y ss.

¹²⁵ PÉREZ-LUÑO, A-E, *La polémica...* op. cit. Pág. 51.

¹²⁶ MENÉNDEZ Y PELAYO, M. “Balmes como símbolo de la cultura tradicional española”, en sus *Textos sobre España*. Rialp, Madrid, 1955. págs. 343 y ss.

¹²⁷ BALMES, J. *El Protestantismo comparado con el Catolicismo en sus relaciones con la civilización europea*. (1842)

¹²⁸ CANOVAS DEL CASTILLO, A.- “De las ideas políticas de los españoles durante la Casa de Austria”, en *Revista de España*, 1868, tomo IV, nº 16, págs 497 y ss, y tomo V, nº 21, págs 40 y ss.

capacidad técnica y apertura de miras de los primeros y exponiendo con detenimiento y agrado las tesis democráticas de Juan de Mariana y de los autores hispanos anti maquiavélicos y críticos de la “razón de Estado”.

La crisis nacional del 98 origina una vuelta nostálgica a los escritores y valores del Siglo de Oro que propicia, a juicio de Pérez-Luño, una lectura en ocasiones interesada de los clásicos iusnaturalistas hispanos, con la intención de obtener conclusiones y, sobre todo, esperanzas que se proyecten sobre la amarga realidad del momento. En esta línea se sitúan los trabajos del regeneracionista Joaquín Costa en la materia, especialmente los contenidos en sus *Apuntes para la historia de las doctrinas políticas de España*¹²⁹ y en su obra *La ignorancia del Derecho*¹³⁰, donde destaca los aspectos más democráticos de los autores clásicos, deteniéndose especialmente en las obras de Diego Covarrubias, Martín de Azpilcueta y Antonio Escobar; ensalza también el genio de Suárez al que considera “sincero pero irresoluto” por no llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría del necesario reconocimiento popular de la ley para que tenga carácter obligatorio.

A finales del XIX aparecen los estudios sobre el pensamiento clásico español de Eduardo de Hinojosa y Navajeros, cuyas aportaciones más relevantes pueden cifrarse, según Pérez-Luño, en dos aspectos importantes: 1) Su labor tendente a demostrar que los clásicos españoles, en particular Vitoria, constituyen el germen del moderno derecho natural y de gentes, como precursores de Gentili y Grocio, y 2) El análisis y exposición con mayor rigor histórico y sistemático de la influencia de las doctrinas de los clásicos hispanos en el desarrollo normativo e institucional del Derecho español.

Los trabajos de Hinojosa son objeto de desarrollo o reiteración en las postrimerías del siglo XIX, con las obras de Salvador Torres-Aguilar Amat¹³¹, Joaquín Giráldez y Riarola¹³²; destacándose con cierto fundamento, ya en el inicio

¹²⁹ COSTA, J. “Apuntes para la historia de las doctrinas políticas en España”, en sus *Estudios Jurídicos y Políticos*, Imprenta de la revista de Legislación, Madrid, 1884.

¹³⁰ COSTA, J. *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*. Editado por Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957.

¹³¹ TORRES AGUILAR-AMAT, S. *El concepto del Derecho según los escritores españoles de los siglos XVI y XVII*. Discurso Académico de Apertura del Curso 1891.92. Imprenta Colonial, Madrid, 1891.

¹³² GIRÁLDEZ Y RIAROLA, J.; *De las teorías del Derecho político en los escritores españoles de los siglos XVI y XVII*. Memoria leída en la Universidad Central al recibir el grado de Doctor en derecho. Imprenta de E. rasco, Sevilla, 1898.

del siglo XX, el Discurso de Recaredo Fernández de Velasco sobre *La doctrina de la razón de estado en los escritores españoles anteriores al siglo XIX*, en donde afirma haber descubierto en los clásicos españoles una concepción prevalente que tiende a someter la acción política a exigencia éticas y de justicia, oponiendo a la razón de estado maquiavélica otra “Razón de Estado”, inspiradora de las revoluciones liberales y manifiesta en los iusnaturalistas de Salamanca “que tiene por misión realizar la justicia mediante la solidaridad de los hombres... que asegura y mantiene la libertad y la democracia”.¹³³

Fuera de nuestra fronteras, en 1816, el historiador y filósofo escocés James Mackintosh resaltó la decisiva contribución de los pensadores españoles del siglo XVI en la formación del iusnaturalismo, del Derecho público y del Derecho internacional modernos¹³⁴, y en el siglo XX es obligado hacer referencia a las investigaciones del jesuita suizo Víctor Catherein¹³⁵ y del profesor alemán Joseph Kohler¹³⁶; aunque, sin duda, el mayor tratadista de nuestros clásicos ha sido el norteamericano James BROWN SCOTT, quien situó en el centro de gravedad de la formación del derecho internacional a Vitoria y Suárez, lo que no dudó en dejar curiosamente gravado en los muros de la Universidad de Salamanca: “Yo, James Brown Scott, anglosajón y protestante, declaro que el verdadero fundador de la Escuela moderna del Derecho Internacional es Francisco de Vitoria, español, católico y monje dominico.”

Volviendo a nuestra patria, en pleno siglo XX se asiste a un intento de instrumentalización ideológica de los iusnaturalistas hispanos al servicio del régimen del general Franco, intentando descubrir en sus doctrinas planteamientos favorables al estado totalitario, como haría LEGAZ LACAMBRA, obviando lógicamente las tesis

¹³³ FERNÁNDEZ DE VELASCO, R; *La doctrina de la razón de Estado en los escritores españoles anteriores al siglo XIX*. Discurso leído en la Apertura del curso 1925-26 en la Universidad de Murcia. Reus, Madrid, 1925. Pág 88.

¹³⁴ MACKINTOSH, J.; en *Edimburg Review*, 1816, septiembre, vol, XXII. Señala Pérez-Luño que corresponde a M. Menéndez y Pelayo el mérito de haber llamado la atención sobre este trabajo en su contestación titulada *Algunas consideraciones sobre Francisco de Vitoria y los orígenes del derecho de Gentes*, al discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia de Eduardo de Hinojosa; publicada por la Real Academia de la Historia, en Madrid, en 1889. El trabajo fue luego incluido en su obra *Ensayos de crítica filosófica*, a cargo de A. Bonilla y San Martín, Victoriano Suárez, Madrid, 1918.

¹³⁵ CATHEREIN. V., “Ist Hugo Grotius der Begründer des Naturrechts?”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1910-1911, vol, IV, pp. 387 y siguientes.

¹³⁶ KOHLER, J., “Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts”, en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 1916-17, páginas 235 y siguientes.

democráticas de Suárez¹³⁷. En la misma línea discurrirán Enrique LUÑO PEÑA y Francisco ELIAS DE TEJADA, y al margen de la filosofía del derecho, mantendrán posturas similares desde José CASTÁN TOBEÑAS a autores como Antonio HERNÁNDEZ GIL y Luis SÁNCHEZ AGESTA. No obstante, al lado de estas lecturas lastradas de una excesiva carga ideológica, surgirán también trabajos más rigurosos como los de Enrique GÓMEZ ARBOLEYA, Antonio TRUYOL Y SERRA, Manuel JIMÉNEZ FERÁNDEZ y ya en las postrimerías del siglo, la obra que nos sirve de guía en este capítulo, fruto de la investigación del profesor Enrique PÉREZ LUÑO.

4.2.- El pensamiento jurídico de los clásicos españoles.

Intentar analizar y describir sistemas de conocimiento pretéritos desde los conceptos actuales suele resultar una tarea generalmente llamada a la confusión si no se hace la previa advertencia sobre la imposibilidad de homologar íntegramente ambos. Si en nuestros días los sistemas jurídicos gozan de autonomía cognitiva tanto en su concepción como en su aplicación y desarrollo, en la época a la que nos remontamos –el barroco español- todas las técnicas de organización social se hallaban altamente imbuidas de un sustrato religioso que las condicionaba desde su planteamiento hasta su finalidad, a lo que ha de añadirse su confesada vocación teleológica en orden a justificar, legitimar y en ocasiones cuestionar, el poder y la organización política.

Resultan muy acertadas las palabras de Bartolomé Clavero, quien, al analizar las dimensiones económicas de las doctrinas de los clásicos españoles, advierte: “La historia nos sitúa en un universo ajeno que nos empeñamos en apropiarnos”, precisando seguidamente que: “las mismas palabras básicas asumen hoy la significación de principio exactamente contraria. Los principios eran otros. Otros eran los cánones. Otro, el sistema. Otra, la antropología”.¹³⁸

Pero siendo esto así, no es menos cierto que tras la advertencia se hace necesario el análisis de los elementos caracterizadores del sistema en el que se produce el paso que en este trabajo queremos exponer: la deriva bilateral en la

¹³⁷ LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Teoría del Estado Nacional-Sindicalista*. Ed. Boch, Barcelona, 1940.

¹³⁸ CLAVERO, Bartolomé. *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*. Giuffrè- Milano. 1.991. Pág 125.

construcción del *ius* como consecuencia de su identificación con el *dominum*. Por ello, de la mano de PÉREZ-LUÑO¹³⁹, expondremos seguidamente las notas básicas del pensamiento jurídico de los autores de la Escuela de Salamanca, tal y como son perceptibles en nuestros días. Para el catedrático de la Universidad de Sevilla tres son las notas que caracterizan a los clásicos españoles en la confluencia de las tres ramas sobre las que vierten sus doctrinas:

1º.- En la dimensión *jurídica* de su doctrina, los clásicos españoles de los siglos XVI y XVII son decididamente *iusnaturalistas*, al ser común a todos ellos “la afirmación de un orden de valores y principios previos al Derecho positivo, que debe fundamentar, orientar y limitar críticamente todas las normas jurídicas”. En este ámbito, podemos señalar que aparecen las tres corrientes tradicionales del Derecho Natural, la voluntarista representada por Vázquez de Menchaca, la racionalista que encarna Vitoria y la naturalista de Molina, oficiando de mediador entre todas Francisco de Suárez.

2º.- En la perspectiva *filosófica*, ha de caracterizarse como cognitivistas, al defender la capacidad de la razón práctica para acceder a un orden ético objetivamente válido. Dicho orden que en un principio se configura como objetivamente ontológico –y alejado por tanto de las construcciones dialógicas e intersubjetivas de nuestros días- se abre a las aportaciones varias de las diversas culturas que proporciona y fundamenta el *ius communicationis* propugnado por Vitoria.

3º.- Y, por último, en el plano *político*, sostienen como principio legitimador fundamental la idea del *bien común* que, además de legitimar el ejercicio del poder va también a fundamentar, llegado el caso, la resistencia frente a la tiranía y se encontrará posteriormente en el acervo ideológico representativo de las revoluciones liberales.

Pues bien, de los tres campos expuestos, nos corresponde adentrarnos en el análisis de la dimensión jurídica y más concretamente, en las reflexiones generadas

¹³⁹ PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *La polémica sobre el nuevo mundo, Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*. Ed. Trotta, Madrid, 1992. Págs 118-119.

en torno a la rama del conocimiento jurídico que hoy denominamos derecho privado, o con mayor precisión, *Teoría General del Derecho Privado*.

En este campo de análisis del pensamiento de los clásicos españoles han sido decisivas las aportaciones de Franz WIEACKER¹⁴⁰ y Hans THIEME¹⁴¹, que además tuvieron una contribución destacada en el Coloquio Internacional organizado en Florencia en 1972 por el profesor Paolo Grossi bajo el título de *La Seconda Scolástica nella formazione del Diritto privato moderno*.¹⁴² Han de reseñarse asimismo las investigaciones de Martín Lipp sobre la influencia de la Escuela de Salamanca en la moderna teoría general del derecho privado en el derecho alemán¹⁴³ y la de Gerhard Otte sobre el derecho de propiedad en la concepción general del derecho en Francisco de Vitoria¹⁴⁴.

A ellas y a otras más nos iremos remitiendo en su momento en el estudio del concepto del *ius* en dos de los autores más significativos de los clásicos naturalistas españoles y en cuyo estudio seguidamente nos adentramos: el dominico Francisco de Vitoria y el jesuita Francisco de Suárez.

4.3.- El concepto de derecho en Francisco de Vitoria.

Francisco de Vitoria nació alrededor de 1485 e ingresó en la Orden de los Dominicos, en Burgos, probablemente a la edad de once años. En 1510 fue enviado a París, al Colegio Dominico de Saint-Jacques y en 1512 comenzó a estudiar allí Teología bajo la dirección del maestro belga Pierre Crockaert, discípulo de John Mayr y lector de la *Summa* de Santo Tomás en el Colegio de Saint-Jacques. Vitoria fue su ayudante en la preparación de una nueva edición de la Suma Teológica en 1512.

¹⁴⁰ WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*. Traducción de F. Fernández Jardón. Madrid, 1957.

¹⁴¹ THIEME, Hans. “La significación de la Escolástica española tardía para la historia del Derecho Natural y del Derecho Privado”, en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1969 y 1979, nº XVII, págs 61 y siguientes.

¹⁴² GROSSI, Paolo, *La Seconda Scolástica nella formazione del Diritto privato moderno*. Giuffré, Milano. 1973.

¹⁴³ LIPP, M.- *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*. Duncker & Humblot, belín, 1980. Págs 107 y ss.

¹⁴⁴ OTTE, Gerhard. *Das Privatrecht bei Francisco Vitoria*. Böhlau, Köln-Graz, 1964.

A su vuelta, una vez obtenida la Cátedra de Prima en la Universidad de Salamanca, Vitoria opera la sustitución del *Libro de las Sentencias* de Pedro Lombardo por la *Summa* como libro de texto.¹⁴⁵ En sus explicaciones académicas se va a hacer sentir la mixtura de su formación en la búsqueda de un equilibrio constante entre la ortodoxia tomista y la influencia nominalista que ha recibido de Mayr a través de Crockaert. Ello se va a poner de manifiesto en el análisis que Vitoria hace de la *question 62* de la Suma, dedicada a *De restitutione*, en la que introdujo la costumbre de prologarla con un extenso tratado sobre el dominio, como ha señalado el padre Avelino FOLGADO.¹⁴⁶

Precisa el agustino que, en dicho tratado: “además de estudiar minuciosamente todas las cuestiones relacionadas con la propiedad y todos y cada uno de los restantes derechos de carácter dominical, se contiene un primer capítulo con extensas referencias al concepto general del derecho en su aspecto subjetivo”.¹⁴⁷

Vitoria pone de relieve la necesidad de exponer el aspecto subjetivo del derecho antes de entrar en la definición del dominio, por la sencilla razón de que aquel, el dominio, o es lo mismo que el derecho –dominio en sentido amplio- o es una de sus especies –dominio en sentido restringido- que no se comprenderá perfectamente si antes no se le encuadra en su género, el derecho.

A la hora de abordar el concepto de derecho Vitoria se remite a lo explicado por él mismo al tratar el objeto de la justicia, afirmando que de ello se deduce que el derecho es poder, facultad o licencia: “el derecho, como consta por lo anterior no es otra cosa que lo que se puede, lo que se puede según ley, es decir, lo que es lícito por las leyes”.¹⁴⁸

Esta afirmación intenta fundamentarla Vitoria con dos argumentos de autoridad, uno que trata de deducir de Santo Tomás y el otro que toma del empleo vulgar del término *ius*.

¹⁴⁵ GALLEGO, Elio. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág 116.

¹⁴⁶ FOLGADO, Avelino; *op cit*; pág 101-102.

¹⁴⁷ FOLGADO, Avelino, *op cit*, pñag 102.

¹⁴⁸ Comprende las páginas 63-111 en la edición de Vicente BELTRÁN DE HEREDIA, Tomo I, *De Iustitia*, citado por Avelino Folgado.

Manifiesta Vitoria que, para el santo de Aquino, como se desprende del análisis de la *question 57* de la Suma, el *ius* se identifica con el *iustum*, con lo justo, es decir, lo que corresponde según igualdad a alguien; y en un aspecto más general, lo que es lícito a ese alguien según la ley, por lo que se define el derecho como lo justo, como lo que puede o es lícito a alguien según la ley. Por ello, precisa que para Santo Tomás la ley no es el derecho en su sentido propio, sino la razón del derecho, es decir, la razón por la cual algo es de alguien, o algo es lícito en lo suyo a alguien.

En el segundo argumento, el tomado del uso vulgar del *ius*, indica que habitualmente se dicen, aplicando intuitivamente el sentido del término, frases como “no tengo derecho a hacer esto”, es decir, no me es lícito hacerlo, o bien “uso de mi derecho”, o sea, me es lícito. No obstante, con todo lo expuesto no pasamos de una definición meramente nominal de *ius*, por lo que se hace preciso intentar construir una definición más profunda y más precisa.

En esta búsqueda Vitoria no propone ninguna propia, sino que manifiesta su acuerdo con la de Gerson, ligeramente corregida, tomada de su obra *De potestae ecclesiae, cons. 13*, transmitida por Conrado en su tratado *De Contractibus, I, 1*, y que ha llegado hasta nosotros, según Folgado, a través de los apuntes de un escolar: *Ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*.

Apoyará Vitoria esta definición de *ius*, que aún no coincide exactamente con el concepto de dominio, en numerosos pasajes de la Sagradas Escrituras, como aquel en el que se describe que cuando Jesucristo arrojaba del templo a los mercaderes, estos le interrogaban: “*quo jure*” - ¿con qué derecho lo haces? -

Al analizar la posible identificación entre *ius* y *dominium*, Vitoria llama la atención sobre el hecho de que, en determinadas ocasiones, *dominium* se usa con significados diversos, tales como aquellos que indican una cierta eminencia o superioridad que tienen las personas constituidas en autoridad sobre sus subordinados, haciéndose también equivalente a jurisdicción, por lo que, en este sentido, dominio es sólo una especie del *ius*.

Si bien es cierto que en algunas circunstancias, dominio se emplea también en sentido amplio de poder o facultad de alguien sobre algo concedido por la ley – *capitur dominiun largius prout dicit facultatem quamdam ad utum dum re aliqua secundum jura*-, y aquí las definiciones de *ius* y *dominium* coinciden, no lo es menos que en el uso habitual del dominio como equivalente al derecho de propiedad -que es la expresión que nos interesa al objeto de nuestro trabajo- para Vitoria, en ese caso, o *dominium* no se identifica con *ius*, sino que constituye tan sólo una de sus especies.

Como vemos, Vitoria, en su intento de mantener la fidelidad tomista en congruencia con las enseñanzas nominalistas recibidas, y en concreto de un nominalismo que ya había iniciado la reducción bilateral y estática del concepto de derecho formulado por Occam, ofrece las primeras pautas en la aproximación del *ius* con el *dominium*, si bien no llega a afirmar la identificación de ambos.

Algunos autores, sin embargo, entienden que tal identificación sí es ya plena y completa en la obra de Vitoria. Así, GALLEGO, afirma que “la influencia nominalista en Vitoria se hace patente a la hora de abordar la difícil cuestión de la relación entre dominio y derecho, que como hemos visto, los nominalistas venían a identificar. Vitoria, en su tratado *De dominio*, asume la definición de *ius* de Gerson transmitida a través de Conrado, ambos nominalistas, como *potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges*. Y explica: *id est facultas data, v, gr., mihi a lege ad quancumque rem opus sit*. Viniendo así a identificar en su conclusión, como no podía ser de otro modo, dominio en sentido amplio y derecho”.¹⁴⁹

Esta conclusión de GALLEGO, que sigue en su estudio la exposición de Folgado, creemos que incurre en dos simplificaciones. En primer lugar confunde una hipótesis de trabajo utilizada por Vitoria, al iniciar su estudio del *ius* con una afirmación concluyente de éste –pues lo primero y no lo segundo es la equivalencia teórica que el dominico hace entre *ius* y *dominium*- y en segundo lugar predica la identificación entre derecho y dominio de toda la doctrina nominalista, lo cual, como hemos visto no es del todo cierto, ya que dicha equivalencia sólo se apunta, y de modo aún teórico, en los epílogos del nominalismo, pero no es aplicable a la construcción occamista del *ius*.

¹⁴⁹ GALLEGO, Elio. *Tradición jurídica y derecho subjetivo*. Ed. Dykinson, Madrid, 1996. Pág 116.

Por su parte Villey, que acusa a Vitoria de infidelidad al tomismo, afirma: “Aquí, en la primera cuestión de toda la filosofía jurídica, la definición del derecho, sorprenderemos a Vitoria en flagrante delito de traición a la Suma Teológica a favor de sus adversarios”.¹⁵⁰ No obstante, para el escritor francés, Vitoria no llega a confundir los términos de *ius* y *dominium*, pues aprecia certeramente que tal confusión no es atribuible a las reflexiones de Vitoria, sino a la referencia que éste hace, en su investigación, al uso vulgar de ambos términos, en donde el dominio se puede entender como el derecho de usar de una cosa según el arbitrio de su propietario.¹⁵¹

No obstante, apunta Villey un dato cierto y altamente significativo sobre el cambio de atención en los conceptos que se empieza a operar y del que Vitoria es muy representativo: “Sobre la question 58 (*ius summ quique tribuere*), que en el sistema de santo Tomás es de una importancia primordial, hasta el punto de que en ella se encierre la entera doctrina del derecho, la comenta en 8 páginas. Sin embargo, sobre la question 62, (de la restitución)... hay 161 páginas.

Francisco TITOS LOMAS, realiza una manifestación que consideramos excede el entendimiento lógico-histórico del pensamiento de Vitoria, cayendo a nuestro juicio en un voluntarismo anacrónico, cuando tras proporcionar lo que él entiende como las dos definiciones de dominio que da Vitoria: “la facultad de usar libremente de las criaturas” y “el derecho de usar una cosa para el propio uso”, afirma que “en ambas definiciones nuestro filósofo incide en el *carácter usual de las cosas* en que consiste el dominio, es decir, en la utilización o empleabilidad de las cosas para uso propio. Sin embargo, en la primera definición concibe el dominio como una *simple facultad o poder*, mientras que en la segunda expresa abiertamente que el dominio es un *derecho fundamental del hombre*.”¹⁵²

Más ajustados a la realidad se nos antojan los estudios sobre la obra de Vitoria llevados a cabo por Annabel S. BRETT, en su obra *Liberty, Right and Nature*, en la que apunta la sugerente idea propuesta por algunos historiadores de que “la

¹⁵⁰ VILLEY, M; *La formation de la pensée juridique moderne*. Les editions Montchretien, Paris, 1975., Pág365.

¹⁵¹ VILLEY, M; *op. cit.*, pág, 364.

¹⁵² TITOS LOMAS, F. *La Filosofía Política y Jurídica de Francisco de Vitoria*, Ed. Cajasur, Córdoba, 1993. Pág 206.

historia del derecho es una historia del lenguaje, una historia del uso del término latino *ius*".¹⁵³

Analiza BRETT los distintos significados que Vitoria atribuye al concepto de dominio. En una primera acepción, es equivalente a una cierta eminencia y superioridad al igual que ocurre cuando llamamos a los príncipes *domini*, y en este sentido no significa lo mismo que *ius* que tiene un alcance más amplio, pues es sabido que la mujer tiene *ius* sobre su marido, pero no *dominium*, pues no se dice de ella que sea *domina* de su marido. En segundo lugar, *dominium* es definido en el sentido de propiedad legal y aquí tampoco es equivalente a *ius*, aunque Santo Tomás hacía residir aquí el deber de la restitución, para Vitoria el *ius* excede el *dominium*, pues los ladrones de un bien causan daño no sólo al propietario de éste, sino también a todos aquellos que tengan algún derecho sobre el mismo.

Quizá la mejor prueba de que en Vitoria no se produce la identificación plena entre *ius* y *dominium* procede de su principal discípulo y seguidor, el dominico segoviano Domingo DE SOTO. Es curioso que GALLEGO, quien previamente había manifestado la identidad de los términos en la obra de Vitoria, sea precisamente quien ponga con mayor énfasis de manifiesto la doctrina contraria de su discípulo, al comentar el tratado *De iustitia et iure* de DE SOTO:

"Comienza el artículo con la moderna idea subjetiva del derecho y con la opinión favorable a identificar derecho y dominio: -Derecho es la facultad de disponer y usar libremente de las cosas; pues esto mismo exactamente parece significar dominio-. Pero solo para después rebatirla y reafirmar la posición tradicional: -En primer lugar, servirse de la palabra de dominio y de derecho para significar una misma cosa no lo toleran ciertamente los mismos vocablos. Porque derecho, según hemos dicho más arriba, es lo mismo que justo, como afirmó San Isidoro en el Libro 5. Por tanto, derecho es el objeto de la justicia, o sea la igualdad que la justicia establece entre los hombres; dominio en cambio, como lo indica la misma palabra, es el poder del señor, *domini*, sobre los criados, o sobre las cosas de que se sirve a su voluntad y para su provecho. De donde se sigue que derecho no se identifica con dominio, sino que es algo superior y más extensivo-"¹⁵⁴

¹⁵³ BRETT, Anabel S., *Liberty, Right and Nature*, University of Cambridge; 1997, Pág. 3.

¹⁵⁴ GALLEGO, E. A.- *Op cit.*,pág 117.

5.4.- El concepto de derecho en Francisco de Suárez.¹⁵⁵

A pesar del poso crítico que se desprende de su reflexión, se me antoja que las consideraciones de GALLEGO sobre la obra de Francisco de Suárez son bastantes certeras. Afirma, al comentar la obra suareciana:¹⁵⁶ “Un caso distinto es el del eximio jesuita granadino Francisco de Suárez, con quien llegaría la ruptura, el punto de inflexión entre nuestros teólogos. Al aceptar plenamente la idea del *ius*. *Ius* es el objeto de la justicia, pero ese objeto es en Suárez, ‘la acción o facultad moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que le debe’. Para Suárez: ‘Según el último y más estricto sentido de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe’. El objeto de la justicia, el derecho, ya no es lo suyo, la cosa debida, sino el ‘poder’ del sujeto sobre la cosa. La diferencia de Suárez respecto al resto de teólogos españoles es que en estos se puede hallar, es cierto, el derecho en sentido subjetivo, pero de un modo marginal, añadido, y no desde luego como ‘el último y más estricto significado de *ius*’. Con Suárez, debido a su enorme autoridad, la idea subjetiva de *ius* encuentra su afirmación y consolidación dentro del pensamiento católico.”¹⁵⁷

Precisando seguidamente que para Suárez “el derecho, entendido como poder o facultad del sujeto sobre la cosa, no es en sí mismo un acto de justicia sino un acto de dominio sobre la cosa, de poder. No se es justo por ejercer mi acto de poder o facultad; si acaso, lo justo o el acto de justicia será el respeto, la no interferencia, en el ejercicio que otro haga de su derecho. Luego lo justo o el objeto de la justicia ya no es el derecho mismo sino su respeto o no interferencia en su ejercicio.”

¹⁵⁵ Señala BACIERO RUI: “Si bien Suárez no es estrictamente un miembro de la Escuela de Salamanca, en cuanto no se puede incluir en el elenco de los “profesores universitarios salmantinos de la Facultad de Teología” que buscaron “la renovación y modernización de la Teología” (Suárez nunca fue profesor en la Universidad de Salamanca), sin duda que sus doctrinas jurídico-políticas están fundamentalmente inspiradas por ella. Suárez y los jesuitas, especialmente aquellos que ejercieron su docencia en el Colegio Romano (el cardenal Francisco de Toledo, Juan de Salas, el propio Suárez), han sido considerados como los principales divulgadores de las doctrinas jurídico-políticas de la Escuela de Salamanca fuera de España⁷. Suárez fue por otra parte discípulo durante sus estudios de Teología en Salamanca (1566 a 1570), de al menos dos miembros reconocidos de la Escuela: el dominico Mancio de Corpus Christi, catedrático de Prima de 1564 a 1575, miembro de la llamada “segunda generación”, y el mencionado Juan de Guevara, agustino, catedrático de Vísperas de 1565 a 1600, de la “tercera generación”. BACIERO RUIZ, F.T.: “El concepto de derecho subjetivo y el concepto de la propiedad provada en Suárez y Locke”, en *Anuario Filosófico* 45/2 (2012). Págs 391-421

¹⁵⁶ En concreto, SUÁREZ, F, *De Legibus, Libro I, Cap, 2 a 5*.

¹⁵⁷ GALLEGO, E.A, *op cit. Pág 118*.

Entendemos que es altamente significativa esta acepción de respeto o no interferencia para aproximarnos a la idea de derecho, pues como es sabido, ese será el esquema de la primera generación de los derechos liberales de autonomía que se encuentran en las declaraciones de las revoluciones burguesas. Parece pues poder afirmarse con cierta razón la presencia de la concepción suareciana del *ius* en la génesis de la configuración bilateral de los derechos, si bien el lado pasivo de la relación aún no ha sido residenciado en la personificación pública estatal, para lo que se precisarán dos siglos más y el levantamiento del estado-nación burgués, y por eso todavía se predica de un ente difuso y no personificado: la comunidad, todos, los demás.

Apunta BACIERO RUIZ que: “La primera caracterización del *dominio* como una especie del derecho en sentido subjetivo la encontramos en el *De statu religionis*. En el capítulo 5 del Libro VIII Suárez define *ius* en su acepción más lata, como una “relación moral” de cualquier tipo con algún bien, que se subdivide a su vez en diversas especies, de las que el “dominio o propiedad” sería la más perfecta:

“Es necesario exponer brevemente varios respectos o relaciones morales que el hombre puede tener y que se comprenden bajo el nombre de derecho tomado ampliamente; [...]. De este modo son el dominio o propiedad, el usufructo, la posesión con derecho de poseer, [...]. El dominio (definiéndolo por encima) es el derecho principal de disponer de alguna cosa para cualquier uso no prohibido”

Dicho dominio o propiedad se extendería no sólo a los bienes materiales, sino también a los inmateriales, como el derecho de jurisdicción o de elección en determinadas circunstancias.”¹⁵⁸

FOLGADO ha realizado un pormenorizado análisis del concepto de derecho generado por Suárez¹⁵⁹. Comienza mediante un sugerente juego de palabras que atribuye al jesuita en la exégesis de las tres etimologías de *ius*: *justa*, *jussum*, *justitia*. Afirma que la primera le parece a Suárez dura y singular, tanto desde el punto de

¹⁵⁸ BACIERO RUIZ, F.T. Op Cit. Págs 306-307

¹⁵⁹ FOLGADO, A. *Evolución histórica del concepto dl derecho subjetivo*. Anuario Jurídico Escorialense, I (1960). Págs 202 a 212.

vista del sonido – *juxta, ius* - como del significado; la segunda –*jubendo, jubere, jussum*, es la preferida de los latinista y permite apreciar que, quitada la última sílaba, queda *jus*, y dividiendo aparece *jus sum*: afirmación del propio poder de uno mismo. (Es obligado recordar aquí la consideración que más arriba hacíamos sobre el entendimiento que BRETT hacía de que la historia del derecho se resume a la postre en una historia del lenguaje)¹⁶⁰.

Partiendo de la distinción clásica entre las dos acepciones tradicionales de *ius*, la primera que hace referencia a *lex* y la segunda a *lo justo*, al objeto de la justicia, señala FOLGADO que, al interrogarse sobre la significación última y estricta del término, Suárez, tras rendir la precisa fidelidad a Santo Tomás, concibiéndolo como objeto de la justicia, lo define decididamente como “cierta facultad moral que cada uno tiene en lo suyo o en lo que se le debe”.

Esta última es la acepción con la que se ha utilizado el término en el lenguaje jurídico en expresiones tales como *ius in re, ius ad rem* y *iura prediorum rusticorum et urbanorum*, de lo que afirma FOLGADO que Brisson aporta ejemplos abundantes en *Lexicon Iuris*, libro 9, palabra *jus*. Por su parte, el término *justitia* es definido en el Digesto como “la virtud que da a cada cual según su derecho” (D, 1,1,10), por lo que, para Suárez: “en consecuencia, la acción o facultad moral que cada uno tiene en lo suyo o en las cosas que de algún modo le pertenecen, llámase *ius* y éste es propiamente el *iustum* objeto de la justicia”.

Definido así el derecho como facultad moral, se hace notar que Suárez en lo sucesivo no volverá a utilizar la dicotomía tradicional *iustum-lex* sino que la sustituirá por la de *facultas-lex*, y en prueba de ello cita FOLGADO varios ejemplos:

- a) *De legibus.*, libro II, cap 17: “*Ius* algunas veces significa facultad moral a alguna cosa o en alguna cosa, trátase de dominio en sentido propio o de él en sentido lato, y con este significado *ius* es el objeto de la justicia, como consta por Santo Tomás, q. 57, a.1; otras, significa la ley, que es regla del honesto obrar, constituye la equidad en las cosas y es razón de *ius* en el sentido primeramente definido, como advirtió también el propio Doctor Angélico”.

¹⁶⁰ Ver nota 141.

- b) *Defensio fidei*, IV,9,11: “Parto del supuesto de que, como se dijo en el tratado *De legibus*, esta palabra *ius* significa, unas veces ley o precepto y otras, con propiedad y frecuencia, facultad”.
- c) *De statu religionis*, VII, VIII, 5, 12: «...puesto que *ius* unas veces significa ley ... y otras, cierta potestad moral”.

Esta distinción la precisará Suárez con la utilización de una nomenclatura propia, de tal forma que denominará *ius dominativum* al que hace referencia a la acepción de *ius-dominium*, *ius-facultas* o *ius-potestas*, y empleará la expresión *ius-preceptivum* para referirse al *ius-lex* o *ius-regula*. Para el agustino Folgado, no se corresponde esta terminología típicamente suareciana con la moderna equiparación que algunos autores han querido ver con la dicotomía “derecho subjetivo-derecho objetivo”, que él considera menos propia y menos lógica.¹⁶¹

Por su parte, para Michel VILLEY, “si Vitoria es un jurista que cuenta en la historia del derecho, Suárez es bastante más: no es solamente jurista, canonista e internacionalista, sino teólogo, filósofo y autor de un sistema casi enciclopédico”. No puede ocultar el autor francés su admiración por el jesuita, afirmando que si bien pocas cosas se pueden decir de su vida (la vida de un profesor, sin más acontecimientos que los de su carrera, de cátedra en cátedra desde Alcalá a Madrid, Roma, Salamanca y Coimbra) sin embargo, hay mucho que decir sobre sus obras, que se extienden a los campos de la teología, la filosofía y el derecho, y que está presidida por una huida de la digresión especulativa y una búsqueda constante de la aplicación práctica de sus reflexiones y consideraciones, por lo que afirma que la obra suareciana puede definirse como una sería de “consejos para la acción práctica”.¹⁶²

Afirma, al ponerle en relación con Santo Tomás: “he encontrado algo más que diferencias: una oposición frontal, un retorcimiento de pies a cabeza del lenguaje de Santo Tomás. Suárez, autor sistemático, metódico, meticuloso, define con precisión

¹⁶¹ Critica aquí Folgado lo que entiende erróneas conclusiones sobre la procedencia de la citada equivalencia efectuadas por Luis RECASENS SICHES en *La Filosofía del Derecho en Francisco de Suárez*, Madrid, 1927 – extractado en la obra del mismo autor *Estudios de Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1936, pág 430; así como las de José CAAMAÑO MARTÍNEZ, en la comunicación al Congreso Internacional de Filosofía celebrado en Barcelona del 4 al 10 de octubre, titulada “La inmutabilidad del Derecho natural en Suárez”, y también las de LUÑO PEÑA en su obra *Moral de la situación y derecho subjetivo*, publicada en Barcelona, 1954, pág. 140.

¹⁶² VILLEY, Michel. *La Formation de la pensée juridique moderne*, Les Editions Montchretien, paris, 1975, págs 269-370.

cada uno de los términos del lenguaje jurídico. Encontramos que algunas de sus definiciones, si bien coinciden aparentemente con las de Santo Tomás, se sitúan en sus antípodas; son resueltamente modernas; él (Suárez) ha reconstruido las nociones esenciales del derecho y ha proporcionado al pensamiento jurídico moderno su vocabulario básico.”¹⁶³

Señala VILLEY cómo se enfrenta Suárez, en el inicio de *De legibus* a la cuestión tradicional de la ontología jurídica, aquella que se pregunta sobre lo que significa el término *ius*. Si para Santo Tomás, el *ius* es el *objectum justitiae*, concibiéndolo como un movimiento, con una técnica orientada a un fin específico y definida por ese fin: la solución justa, la búsqueda de la proporción justa de los bienes materiales que han de distribuirse entre los ciudadanos, resulta que Suárez, que no desconoce lógicamente los textos de la *Summa*, apoyándose en ellos abandona decididamente la definición tomista.

La búsqueda de la solución justa se presenta como una situación incompatible con la ontología de Suárez, a quien VILLEY considera incapaz de encajar el concepto de derecho en la totalidad dinámica diseñada por el de Aquino y que, por lo tanto, se ve obligado a escindir la noción de derecho en dos nociones separadas: de una parte la que se refiere al resultado tangible de la técnica jurídica, el beneficio que obtiene el individuo, la facultad, el derecho subjetivo, y de otro lado la que hace referencia a su fundamento, al instrumento propio de la técnica jurídica, es decir, la ley. Y esos serán, según VILLEY los dos únicos sentidos que Suárez va a reconocer en el término *ius*., precisando que, en aras de una mayor claridad o incluso elegancia, los identificará respectivamente con otras dos expresiones: *ius dominativum* para el derecho subjetivo, *ius praeceptivum* para la ley.

Respecto al primero considera que en su formulación Suárez enlaza directamente con la tradición ocamista, incluso de forma más clara que las doctrinas intermedias de Gerson, Driedo, Brissons, Juan García de Saavedra y el mismo Vitoria, esforzándose en distinguir de la mejor manera posible el sentido específico del término *ius* de la noción primera y general de *potestas*, mientras que la segunda puede significar una simple licencia para hacer, forma parte del primero un poder de dominación, por lo que, en consecuencia “*Ius* se convierte así en casi sinónimo de

¹⁶³ VILLEY, M, *op cit.*, pag 370.

dominium, entendido en su sentido amplio, incluyendo el derecho que se ejerce no solamente sobre las cosas, sino sobre la propia libertad”¹⁶⁴. Sugiere el autor francés que para apreciar mejor la evolución del concepto de derecho subjetivo es conveniente realizar un análisis más preciso del *ius dominativum* definido por Suárez; eso es lo que haremos seguidamente, de la mano de un reciente estudioso de nuestro país.

Quizá el análisis más detallado del alcance y significación del concepto de *ius* para Suárez, sea el realizado entre nosotros por el profesor de la Universidad de Oviedo Ramón MACÍA MANSO¹⁶⁵. Seguiremos a continuación su exposición.

Partiendo de la inicial concepción del derecho como objeto de la justicia, procede Macía lógicamente a describir las distintas acepciones del término justicia para Suárez. Afirma que para el jesuita la justicia puede ser entendida en dos significados, como justicia propia o como justicia impropia; en el segundo de ellos hace referencia a la virtud en general, mientras que en el primero ha de entenderse como una virtud particular, distinta de las demás, caracterizada por la concurrencia de tres notas: relación entre las personas –es decir, *alteridad*–, cosa debida –*débito*– e *igualdad* en la deuda.

Seguidamente, con un criterio que provoca bastante confusión, divide la justicia propia en dos clases: general o legal y particular. Se habla de justicia general o legal cuando aquella se refiera a toda la comunidad en su conjunto, bien por su objeto (*ius comunitatis*) bien por su causalidad, cuando ordena al bien común el ejercicio de las demás virtudes.

Por su parte, se entiende como justicia particular el concepto que integra cada una de las tres especies de la justicia propia, incluida la general -como vemos, el sistema clasificatorio no es muy riguroso-, de tal forma que incluiría la justicia legal, la conmutativa y la distributiva.

¹⁶⁴ VILLEY, M., *op cit*, pág. 382.

¹⁶⁵ MACÍA MANSO, R., *Doctrinas Modernas Iusfilosóficas*. “Derecho y Justicia en Francisco de Suárez”. Ed. Tecnos, Madrid, 1996. Págs 27 a 64.

Si ponemos estas tres clases de justicia particular con las tres notas concurrentes en la justicia general, obtenemos las siguientes correspondencias:

- a) La alteridad, es la nota esencial de la justicia legal y hace referencia a aquello que la persona debe a la república, al Estado, que se corresponde con lo que Suárez denomina *dominio de jurisdicción*.
- b) El débito, es la nota esencial de la justicia conmutativa, y es precisamente la que para Suárez tiene por objeto el *derecho propio y riguroso*, que define como el derecho más perfecto, “porque su privación implica injusticia que hay que restituir”.¹⁶⁶
- c) La igualdad, nota definitoria de la justicia distributiva, que hace referencia a la relación que genera las obligaciones de la república, del Estado hacia los particulares. Genera un derecho no perfecto, según Suárez, pues por justicia distributiva se debe una cosa a una persona no absolutamente porque sea suya, pues es cosa común que pertenece al Estado, sino relativamente atendiendo a su capacidad y dignidad.

Lo característico de Suárez, frente a sus predecesores, es que centra su análisis y sus reflexiones en el derecho objeto de la justicia conmutativa, que será el que se afiance como verdadero concepto de *iur* en lo sucesivo y que, por razones obvias, será el que prefiere la burguesía liberal de finales del XVIII para su propio manifiesto ideológico.

Hablar de lo que pudo haber sido y no fue en el campo de las ideas políticas y jurídicas –como en todos- además de anacrónico es estéril, pero no me resisto a llamar la atención sobre la hipótesis virtual de lo que se puede adivinar como dispar evolución si el centro de reflexión suareciana hubiese sido el derecho como objeto de la justicia distributiva, en donde es claro vislumbrar un germen más “socializante” del concepto de derecho.

¹⁶⁶ SUÁREZ, Fco. *De Iustitia Dei*, Secc II, 3, C y B, pág 520, edición citada por Maciá como “Opisculi sexti, de Iustitia, qua Deu reddit praemia meritis ed poenas pro peccatis, Sec. II, I C y A Sec, IV, 5, C, A y B, incluido en la obra *Varia opuscula Teológica*. Ed. Matriti, Ex Typographia Regia, MDXCIX.

Pero el mérito de Suárez, como en su día el de Occam, fue precisamente el de reflexionar y proporcionar elementos de análisis y sistematización sobre los conceptos que las exigencias históricas de la evolución de su época demandaban. El individuo se iba perfilando como la unidad moral y jurídica más idónea sobre la que levantar la nueva articulación jurídico-política que precisaban y permitían los nuevos avances técnicos y los recientes descubrimientos geográficos, para los que las estructuras de los gremios, las corporaciones o los estamentos resultaban claramente ineficaces.

Continuemos con la exposición de Maciá, quien, tras resumir las acepciones de justicia para Suárez, prosigue con el análisis del concepto de derecho.

Al igual que la justicia se puede tomar en sentido propio e impropio, para Suárez, el derecho entendido como objeto de la justicia, tiene asimismo un sentido propio y otro impropio.¹⁶⁷ El derecho en sentido propio tiene a su vez tres especies: el *ius* objeto de la justicia conmutativa, el *ius* objeto de la justicia distributiva y el *ius* objeto de la justicia legal.

Como vimos anteriormente, el *ius* que Suárez considera como derecho “propio y riguroso”, y que identifica con el *dominio particular* es el *ius* como objeto de la justicia conmutativa, en donde la relación se establece entre dos personas privadas, de tal forma que la cosa se debe a una persona privada por parte de otra persona privada (u otras), porque es suya y le pertenece privadamente.¹⁶⁸

Y aun dentro de este *dominio particular o privado* va a distinguir Suárez dos especies: el genérico y el específico, el primero hace referencia a una facultad moral general, mientras que el segundo se refiere a una determinada facultad moral del sujeto. Más adelante veremos brevemente la concepción que del derecho como utilidad moral construye el jesuita; nos corresponde ahora precisar que, para poder hablar del derecho como facultad moral, el sujeto, para Suárez, ha de ostentar una determinada *potestad*, concepto que, a su vez, es susceptible de ser entendido en

¹⁶⁷ SUÁREZ, FCO, *De Legibus*, I, 2, 4, pág. 7, edición citada por Maciá: Ed. Lugduni, Sumptibus Horatji Cardon, MDCXIX.

¹⁶⁸ MACIÁ MANSO, R, *Doctrinas iusfilosóficas... cit.*, pág 33.

cuatro acepciones distintas, anticipando el genio sistematizador de Hohfeld; y así distingue:

Potestad, entendida como idoneidad, congruencia o aptitud para poder tener dominios en general. Es lo que Suárez denomina “capacidad remota” y no es el derecho en sí sino el presupuesto o fundamento del derecho. En una trasposición arriesgada se aproximaría a lo que hoy denominamos capacidad jurídica.

Potestad, entendida como posibilidad o capacidad de poder someter de hecho una cosa a su utilidad. Hace referencia a una potencia natural o física que no es tampoco derecho en sí sino presupuesto de éste.

Potestad moral o derecho, entendida como capacidad no física sino como cualidad moral mediante la cual se hace lícito el ejercicio de las facultades naturales según su capacidad, sin lesionar ninguna potestad moral de otra persona acerca de la misma cosa.¹⁶⁹

Potestad, entendida como uso del derecho o capacidad de uso –lo que hoy podríamos denominar capacidad de obrar-. No es tampoco el derecho en sí mismo y puede recaer en persona distinta del titular (p.ej.: el padre en relación con los derechos que corresponden al hijo).

Existen pues para Suárez tres modalidades de potencia: capacidad (que comprende la primera y la segunda), potestad y uso; el uso implica necesariamente la existencia de las otras dos, pero no al revés, toda vez que puede hablarse de la existencia de capacidad o fundamento sin que concurra la potencia o el uso.

De todas estas especies, para Francisco de Suárez, el *ius* está directamente relacionado con la potencia en su tercera acepción, la que ha de entenderse como facultad moral, es decir, como licitud del derecho. Afirma en este sentido Maciá Manso:

¹⁶⁹ SUÁREZ, Fco. *De opere sex dierum*. citada por Maciá como el tractatus I de la obra *Comentaria ac disputationes in primam partem Deo effectore creaturarum omniu*, Ed. Venteéis, Apud Sebastianum Cleti, MDCCXL. I, III, c 16, 5 y 6, pág, 160

“Se desprende, pues, que el derecho en sentido propio y estricto consiste en una potestad no física, concretamente en una potestad o facultad moral de un sujeto por la que se hace lícito el ejercicio de las facultades humanas acerca de una cosa mediante la libertad. La facultad moral se da en una persona y versa acerca de una cosa que le pertenece. La Libertad humana es con relación a la ‘pura facultad moral’ algo meramente físico-natural”¹⁷⁰

Ello le hace hablar al profesor de Oviedo del derecho en Suárez como “efecto moral”, aclarando que para el jesuita el efecto moral en general es aquel que procede de una causa libre y racional y no de una causa física y necesaria, distinguiendo dos clases: el “efecto físico-moral” y el “efecto puramente moral”; el primero es aquel en cuya estructura entra a formar parte un elemento real físico (pone como ejemplo el premio, como efecto del mérito en una acción libre y meritoria), mientras que el segundo, *el puramente moral* es aquel que en sí mismo no consiste en nada físico, es una pura entidad moral sin agregación o coexistencia con algo físico y puede tomarse como objeto de un posible acto de voluntad de un sujeto.

Así el efecto puramente moral es un ser del todo moral, el producto causado exclusivamente por la fuerza de una voluntad racional y libre; se citan como ejemplos la obligación (efecto moral) que surge de una promesa (voluntad racional y libre), así como el dominio, especie de obligación nacida de una ley, tanto privado como de jurisdicción. Por ello Suárez se refirió al *dominium*, al que consideraba como una facultad moral, como un “efecto moral puro”, que no es nada físico, sino que consiste en *facultades morales*; por ello, el derecho en sentido propio estricto, como objeto de la justicia conmutativa, consiste en la *facultad moral acerca de una cosa*.

Resumiendo, para Maciá Manso, el derecho –el *ius*- en Suárez tiene las siguientes características:

- a) Se trata de una facultad moral pura, sin nada físico.
- b) Es un efecto puramente moral, porque procede de una voluntad racional y libre.

¹⁷⁰ MACIÁ MANSO, R.- *Op cit.* Pág 38.

- c) Es una facultad pura moral que pertenece a una persona, sujeto de ella, a la que no impone una conducta moralmente buena, sino que la hace justa, porque por aquella facultad “puede libremente usar de una cosa en un determinado sentido, sin causar injuria a los demás”.¹⁷¹

La vinculación del derecho a la voluntad del sujeto, a la voluntad libre y racional del sujeto, parece incuestionable en Suárez según la meritoria exposición de Maciá Manso.¹⁷² El sujeto ostenta una facultad que le permite disponer libremente de la cosa –el bien o el débito- sin causar daño a los demás que no tienen, en relación al mismo, más obligación que la no injerencia, la no perturbación en el ejercicio de su facultad. Para garantizar esa abstención los burgueses triunfantes de las revoluciones de finales del XVIII construirán la arquitectura institucional del Estado liberal que será un instrumento suficientemente eficaz para asegurar el ejercicio del tipo de derecho mejor perfilado por Suárez, el dominio, al que ha llegado a definir como el verdadero derecho en sentido “propio y estricto”.

Capítulo 6.- El derecho subjetivo en el iusnaturalismo racionalista.

Como señala HABERMAS, citado por Eusebio FERNÁNDEZ, “No debe uno pronunciarse en contra cuando se dice que la revolución recibió su primer estímulo de la filosofía”, porque como aclara el profesor español, “muchas cosas tuvieron que ocurrir para que una construcción tan abstracta como la que alumbró el derecho

¹⁷¹ SUÁREZ, Fco- *De Bonitate et Maliia humanorum actumt*, Disp.I, sec. 2 I y 19, citado por Maciá Manso sobre el Tractatus III de la obra *Ad primam secundae D. Thomae, tractatus quinque Theologici*, Ludguni, Sumptibus Iacobi Cardon, MDCXXVIII.

¹⁷² Sin embargo, hay autores que niegan el éxito doctrinal de Suárez en la definición y consolidación del concepto de *ius* como derecho subjetivo. Y así, Alejandro GUZMÁN, afirma: Las proposiciones denominativas de Suárez no obtuvieron éxito. Después de él, los juristas continuaron hablando del derecho-facultad directamente como *facultas* o *potestas*, esto es, valiéndose del género próximo, en el modo escolástico, o como *qualitas moralis*, con recurso al género remoto, en el modo grociano. Pese al intento de Suárez, el “derecho subjetivo” permaneció, así, como algo innominado. En realidad, tenemos que llegar hasta mediados del siglo XVIII para encontrarnos con un nuevo intento de designación más o menos técnica del derecho-facultad, esta vez destinado a tener éxito definitivo, después de haberse debatido durante siglo y medio entre la ignorancia, la vacilación y la reticencia de los autores. Para darse cuenta de la magnitud de esta incertidumbre, hay que tener presente que, de hecho, todavía Kant (1724 - 1804) usaba el medio escolástico de expresión, aunque ya en alemán, para referirse a la figura. El decía: “Der Rechte als (moralische) Vermögen”; o bien: “Recht, als Befugnis (*facultas moralis generatim*)”. Al parecer, el camino que condujo a la denominación definitiva empezó con el jurista Georg Darjes (1714 - 1791), un discípulo de Wolf, quien distinguió entre “derecho considerado subjetivamente” y “objetivamente (*ius subiective sumto* - *ius obiective sumto*)”. La misma dualidad de expresión fue retomada poco después por otro discípulo de Wolf, Daniel Nettelbladt (1719 - 1791); y por Gottfried Achenwall (1719 - 1772), amigo y colaborador de Pütter. (GUZMÁN, Alejandro. “Historia de la dominación del derecho-facultad como subjetivo”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*; número XXV (2003).

natural racionalista se convirtiera en la base teórica que inspiró y estimuló las revoluciones burguesas. El símbolo de ellas, la bandera bajo la cual los revolucionarios lograron cambiar muchos ámbitos de la realidad social, fue una derivación de aquella teoría iusnaturalista fundamentada en la razón humana, los derechos naturales del hombre, tan evidentes y universales como la propia razón”.¹⁷³

El racionalismo iusnaturalista, que supone el inicio del Tránsito a la Modernidad, se caracteriza según el propio Eusebio Fernández¹⁷⁴ por algunos rasgos específicos:

1º.- En armonía con el desarrollo de las ciencias físicas, la filosofía jurídica de finales del siglo XVII trata de construir sistemas de conocimiento deductivos similares al método cartesiano utilizado en las ciencias naturales y en las matemáticas, cuya base vendrá constituida por las verdades evidentes en sí mismas, que fundamentan la derivación de principios con vocación de aceptación universal. Como en toda la historia de la evolución humana, este avance no supone un salto en el vacío, sino que trae causa de los primeros intentos de sistematización generados en el seno de la Escuela española de Derecho Natural.

2º.- Supone un hito importante en el proceso de secularización del mundo moderno, provocado por la necesidad de fundamentar el derecho natural en una fuente distinta al credo religioso tras la ruptura del monolitismo y la uniformidad del cristianismo operada por la Reforma religiosa; esa nueva fuente universalmente legitimadora será la razón humana, “que afirma su autonomía e independencia frente a la razón teológica”. Y además, como indica Alf Ross, lo que definitivamente hace despegar al iusnaturalismo racionalista del marco de la neoescolástica es “precisamente el método mediante el cual el Derecho Natural es deducido de la naturaleza humana. El factor nuevo y crucial es la orgullosa confianza de haber hallado un método científico incontrovertible en reemplazo del remiendo semiteológico y semiempírico de tiempos pasados. Este es el método declarativo o geométrico de Descartes (...) Tomando como punto de partida la ley de la sociabilidad, que emana de la naturaleza social del hombre y que le lleva a unirse

¹⁷³ HABERMAS, J. *Teoría y praxis. Estudio de filosofía social*, Ed Tecnos. Madrid, 1987. Pág 87

¹⁷⁴ FERNANDEZ, Eusebio. “El derecho natural racionalista como filosofía de los derechos naturales del hombre”, en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I. Dirigida por Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ. págs. 574-585.

con sus semejantes en una vida comunicativa pacífica, se dedujo un amplio sistema de reglas jurídicas, a menudo hasta los detalles más minúsculos”.¹⁷⁵

3º.- En la nueva corriente del iusnaturalismo racionalista van a adquirir un papel de autonomía predominante las ideas de naturaleza y razón humana, de donde se pasará al reconocimiento del valor de la autonomía individual, albergando con ello la posibilidad de construir toda una teoría de los derechos naturales. Esta teoría se caracterizará por las notas de racionalismo, individualismo y radicalismo que, según Passerin D'Entrèves serán claramente formuladas en el Preámbulo de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, texto positivo en el que culmina la evolución de la nueva corriente doctrinal. Señala el citado autor que, en la Declaración, “la independencia lograda por la razón humana va a adquirir un nivel hasta ese momento desconocido. De alguna manera todas las teorías iusnaturalistas que la preceden en la historia han tenido en cuenta el papel realmente importante de la razón humana en su construcción y en la fundamentación de sus principios; aunque la evidencia de la razón tenía que ser completada e incluso confirmada por alguna otra evidencia (de hecho o de fe), ahora la evidencia de la razón es en sí misma suficiente”.¹⁷⁶

Como apunta Eusebio FERNÁNDEZ, hay que recordar que el iusnaturalismo racionalista no solo representa la versión moderna y secularizada del Derecho Natural y será el fundamento de las teorías de los derechos naturales, sino que, una vez asumidas estas teorías por la burguesía ilustrada europea, se convertirá en el pensamiento casi predominante en el mundo jurídico, económico y político de la edad moderna.

Por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, la creencia en la autosuficiencia de la razón humana, de donde se derivará el convencimiento en la autosuficiencia del ser humano individual (en su configuración burguesa) supondrá el viraje definitivo hacia la formulación de una relación bilateral de la estructura jurídica del derecho subjetivo -que dibuja el dominio directo del hombre sobre la cosa- y que será utilizada en las primeras declaraciones de los derechos fundamentales.

¹⁷⁵ ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Alianza Universidad. Madrid, 1982. Pág 240

¹⁷⁶ PASSERIN D'ENTRÈVES, A. *Derecho Natural*. Ed Aguilar. Madrid. 1972. Pág 61.

Rastreadremos seguidamente el proceso evolutivo general descrito en los autores que consideramos más significativos en relación con la formulación doctrinal del derecho subjetivo.

1.- Althusius.

Afirma VILLEY que los orígenes de la escuela racionalista son anteriores a la filosofía de Descartes, y que es posible situarlos en el *Dicaelogicae* (1617) de Althusius, filósofo y teólogo calvinista alemán, cuyas obras se publican en el primer tercio del siglo XVII.¹⁷⁷ Este pensador, a caballo entre el final de la época medieval y el inicio de la moderna, formado tanto con las ideas de la Segunda Escolástica como con las calvinistas, expresa en sus obras concepciones propias de ambas y así, si el ámbito de la política avanza hacia una concepción racionalista del poder fundado en el consentimiento de los gobernados –siguiendo a Suárez y Vázquez de Menchaca– para satisfacer sus necesidades (*consociatio symbiotica*), en el campo del derecho retrocede a una fundamentación esencial del derecho positivo en el derecho divino, negando toda fuente de derivación de normas jurídicas que no sea el *ius divinum*, en armonía con los postulados de su maestro Calvino.

Quizá la aportación más significativa de Althusius en la evolución del pensamiento jurídico sea la del intento de levantar para su estudio, por primera vez, un sistema metódico, un sistema que pretende construir sobre la base de “hechos” constatados, tales como la existencia de grupos sociales, en relación con los que es preciso descubrir las leyes que los regulan y que, a su vez, fundamentan los derechos que a cada uno de los individuos pertenecen, todo ello de conformidad con la voluntad divina.

Afirma Villey que “todo en Althusius es lógica. No se puede olvidar que cada lógica es tributaria del su sistema filosófico. No se puede comprender el sistema clásico de derecho natural sin la dialéctica de Aristóteles; el racionalismo jurídico sin el método cartesiano y la primacía que en el mismo se reconoce a la deducción

¹⁷⁷ VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed PUF. París 2003. Pág 513

matemática. Las obras de Althusius son en este sentido extremadamente curiosas, porque ofrecen el ejemplo de una especie intermedia de lógica”.¹⁷⁸

Partiendo de las doctrinas propias del siglo XVI, nuestro autor evoluciona sin llegar aún al método axiomático de Descartes: no fundamenta su doctrina en axiomas evidentes, ya que para él todo se fundamenta en Dios, sino que se limita a ofrecer una descripción de la realidad natural, pero esforzándose ya en ordenar todos sus conceptos en un sistema de tipo matemático; su doctrina cumple así un papel de transición. El resultado es una pirámide de conceptos jurídicos de una gran claridad, en el que cada término se define con una gran precisión; ello hace decir a Villey que lo que realmente aporta Althusius en el proceso evolutivo del pensamiento jurídico es un nuevo lenguaje.

Por lo que al estudio del concepto de derecho subjetivo se refiere Althusius ofrece asimismo una formulación intermedia que sirve de puente entre la escolástica española y el iusnaturalismo racionalista pero que aún mantiene rasgos propios de la concepción romana del derecho. Y así define el derecho, en una fórmula ciertamente engorrosa, como aquello constituido en provecho del hombre, como consecuencia de sus necesidades, para su utilidad y para el derecho a conducir su propia vida y que puede ejercer sobre una cosa o sobre una persona (*ius...est, quod ob factum praecedens, homini in re vel persona aliqua, ad vitae hujus necessitatem, usum et directionem consuitur*). Aunque no lo aclara, hemos de entender que con el término “aquello” (*quod*) se está refiriendo a un poder o una facultad, y en ese sentido, mientras conserva aún la concepción del *ius* romano entendiendo que es la potestad se puede ejercer sobre otra persona (en el esquema de una relación trilateral: sujeto activo-sujeto pasivo-garante), asume ya la concepción que identifica el *ius* como el objeto del derecho sobre una cosa, propia de la formulación de la escolástica española coronada por Suárez.

Quizá la mayor limitación de Althusius sea la de su anclaje intelectual en la filosofía neotomista, que le impide superar definitivamente las respuestas tradicionales frente a los nuevos problemas. Para ello hará falta el alumbramiento definitivo de un nuevo sistema jurídico fundamentado en una concepción filosófica

¹⁷⁸ VILLEY. Michel. *Op. Cit.* (2003) Pág. 520

distinta. Será Grocio, su sucesor más afortunado, según Villey, quien acometerá, diez años más tarde la nueva y decisiva etapa.¹⁷⁹

2.- Hugo Grocio.

GROCIO es considerado el fundador de la escuela de Derecho Natural Racionalista entendida ésta como aquella que se basa en la razón como método fundamental para el conocimiento de los principios del Derecho y de la vida social.¹⁸⁰ Como afirma RODRIGUEZ MOLINERO, citando a VILLEY, es uno de los teóricos que, junto a otro muy dispar a él mismo, Thomas HOBBS, culmina la consolidación del pensamiento jurídico moderno, cuya primera fase se había iniciado con Duns Escoto y Guillermo de Ocam y que se desarrolló sustantivamente en la Escuela de Salamanca.¹⁸¹

Apunta el mismo autor que para GROCIO el ser humano puede acceder al conocimiento del Derecho Natural entendido como “un dictado de la recta razón, que indica que una acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”. Pero es de tal intensidad ese mandato racional que “ni aun Dios los puede cambiar...” porque como al igual que Dios no puede hacer que dos veces dos no sean cuatro, así tampoco puede hacer que lo que es malo intrínsecamente no lo sea”.

GROCIO sitúa la raíz última del derecho natural en el *instinto de sociabilidad* del ser humano, afirmando que “el hombre posee la facultad (*iudicium*) de estimar qué cosas, no sólo presentes sino también futuras, convienen, y qué cosas dañan a su propia naturaleza. Por eso debe seguir el recto dictamen de su entendimiento en todo aquello que éste declare ser conforme con su propia naturaleza. Por el mismo camino comprenderá que todo aquello que contradiga tal dictamen es también contrario al Derecho propio de su naturaleza”.¹⁸²

¹⁷⁹ VILLEY, M. *Op. Cit.* (2003) Pág 527.

¹⁸⁰ PECES-BARBA, G y FERNÁNDEZ GARCIA, E, *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I, Ed. Dykinson. Madrid, 2003. pág 586.

¹⁸¹ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. “La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno”. *Persona y Derecho*, 26 (1992) : 291-292.

¹⁸² RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. “La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno”. *Persona y Derecho*, 26 (1992). Pág 296.

Señala Alejandro GUZMÁN que, sobre las tradicionales invocaciones a la *potestas*, a la *facultas* o a la *potentia*, “Grocio introdujo la idea de *qualitas moralis*, en lo que no dejó de tener seguidores. Pero tampoco ello significó una novedad, porque en el lenguaje escolástico *potestas*, *facultas*, *potentia* son términos que designan una de las subcategorías (o subpredicamentos) de la categoría (o predicamento) de la “cualidad”. Para comprobarlo, basta referirnos a las *Summule logicales* de Petrus Hispanus (1277, como Papa Juan XXI), que sirvieron de texto de estudio durante toda la Baja Edad Media, en donde encontraremos definida la cualidad como “aquellos según lo cual somos llamados ‘cuales’, como cuando según la ‘blancura’ nos llamamos ‘blancos’, según el ‘color’, ‘coloreados’, y según la justicia, ‘justos’. Añadía haber cuatro especies de cualidad: i) por un lado, el hábito, como la ciencia y la virtud y, por otro, la disposición, como el calor, el frío, la enfermedad o la salud; en seguida ii) la potencia e impotencia naturales de hacer o padecer algo fácilmente, como la potencia de los corredores y pugilistas de correr y luchar, o la sanidad que es impotencia de padecer accidentes; también iii) la pasión o cualidad pasible, como la dulzura que se recibe en el sentido del gusto; y en fin iv) la forma y la figura de los cuerpos, como la rectitud o la curvatura. De esta forma, al hablar de *qualitas*, Grocio se remontaba al género remoto, en donde los autores anteriores, y todavía muchos de los posteriores, permanecían en el género próximo.”¹⁸³

En su construcción teórica del derecho natural, le atribuye a éste la cualidad de necesario, desgajándolo además del derecho voluntario -contingente- que, a su vez, subdivide en divino y humano. Es decir, el derecho natural no va a derivar del divino, como ocurría en la tradición escolástica, sino que se sitúa en un plano distinto y autónomo. No obstante, como no puede prescindir totalmente de la influencia anterior, reconocerá que, en todo caso, el derecho natural también es a la postre un producto de la voluntad de Dios, en cuanto que éste es el creador del hombre y sus características, entre las que se encuentra el instinto de sociabilidad que hace nacer el derecho natural.

Precisa RODRÍGUEZ MOLINERO que “el término *ius* tiene para Grocio tres significados. El primero de ellos, sumamente vago, coincide con el ya explicado instinto de sociabilidad. El segundo significado es el subjetivo de *facultad* o poder

¹⁸³ GUZMAN, Alejandro. “Historia de la dominación del derecho-facultad como subjetivo”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*; número XXV (2003), págs. 407-443.

para exigir lo debido. El tercero corresponde a la significación objetiva equivalente a *lex*. Del Derecho natural son predicables estos dos últimos sentidos por igual. Pero es la significación objetiva, que tiene su equivalente en el término *lex* en sentido amplio, la que más interesa. Grocio la describe como norma directiva de los actos morales que obligan a practicar lo justo y recto, creando una obligación ineludiblemente necesaria; es precisamente esta vinculatoriedad la que diferencia a la ley del simple consejo o de otras directrices de conducta”.¹⁸⁴

Javier PÉREZ ECHEVERÍA apunta una concepción abstencionista del poder publico en la filosofía política de Grocio, y así considera que: “La apelación al deseo de sociedad y a la capacidad de establecer normas generales gracias a la palabra podría llevar a pensar al lector desprevenido que Grocio mantiene la perspectiva aristotélica generalizada entre los autores de la Segunda Escolástica. Pero no es así. Mientras Aristóteles piensa en un individuo integrado en un organismo social del que recibe su identidad y en el que sus actividades tienen sentido, en Grocio opera la idea estoica (ciceroniana) de la comunidad del género humano, pero que aquí se hace extremadamente tenue; se trata sólo de un espacio de coexistencia de derechos. La sociabilidad “es para Grocio simplemente el respeto de los derechos de otro, concebidos subjetivamente, de manera que [...] un mínimo de vida social sea posible” (Haakonsen, 1985, 17). Grocio representa una concepción de la sociedad civil y de la sociedad internacional basada esencialmente en los derechos y limitada a ellos (Kingsbury y Roberts, 1990: 13). Estos presupuestos antropológicos son congruentes con la transformación del concepto de derecho que encontramos en Grocio. Baste recordar – sin entrar aquí en el debate sobre los orígenes y novedad de la aportación de Grocio – que mientras tradicionalmente el término *ius* se refiere primordialmente a lo que es conforme al derecho (entendido éste en sentido objetivo) –, en *De iure belli ac pacis* aparece una acepción del término en la que pasa a ser algo subjetivo, una facultad que una persona tiene: “una cualidad moral de la persona, en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente”. Esta facultad de disposición de un sujeto sobre lo que es suyo, sea el poder sobre sí mismo o sobre otras personas, su propiedad, y la facultad de exigir lo que le es debido (crédito), es su derecho. Los estudiosos observan cómo esta definición del derecho fundada en el derecho subjetivo introduce una perspectiva

¹⁸⁴ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. “La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno”. *Persona y Derecho*, 26 (1992). Pág 297.

individualista, que afecta en primer lugar a la concepción del derecho natural, e indirectamente al conjunto de la teoría jurídica y política del autor. El derecho es el conjunto de los derechos individuales, derechos que concurren en el espacio social, escenario de coexistencia, de eventual colaboración, pero sobre todo de competencia y potencial conflicto, por lo que las expectativas de la vida social se reducen a la coexistencia pacífica. Lejos queda la representación aristotélica de la sociedad política como comunidad orientada al bien común (Por ello se ha visto en el individualismo grociano una anticipación de lo que será la concepción típicamente liberal de la vida social).¹⁸⁵

Señala GONZÁLEZ SEARA: “Frente a la predestinación calvinista, Grocio, en la línea del obispo Arminio, enraboló la bandera de la libertad humana, la misma que Erasmo había levantado contra la servidumbre de la voluntad de Lutero: Hay que liberar al hombre del Dios eterno y del Dios mortal, de la predestinación divina y de la tiranía estatal: el derecho natural es anterior a cualquier poder, y la ley natural, emanada de la razón. Aquí radica la innovación de la nueva doctrina. La Edad Media cristiana también hablaba de un derecho natural, pero se trataba de un derecho subordinado a la ley divina, donde la Razón era simple servidora de la Revelación. Ahora, Grocio funda la garantía del derecho en sí mismo, estableciendo la autonomía del conocimiento jurídico y la independencia de lo justo y lo bueno respecto de cualquier ser trascendente”.¹⁸⁶

En el contexto sociopolítico en el que Grocio desarrolla su obra (que no hay que olvidar se dirige esencialmente a legitimar el derecho de los holandeses a comerciar directamente con las Indias sin precisar permiso de Portugal o España), su consideración sobre la naturaleza y finalidad del Derecho Natural le lleva a fundamentar en él determinados “derechos naturales individuales” (por extensión de los derechos naturales de las naciones) que considera elementales para la garantía de la convivencia social pacífica, tales como el derecho a libertad religiosa o el derecho de propiedad, haciendo responsable de la garantía de estos –que es lo relevante al objeto de nuestro estudio- directamente al Estado. Considerado el derecho de propiedad como el respeto a la igualdad entre propietarios individuales,

¹⁸⁵ PÉREZ ECHEVERRÍA, Javier. “Hugo Grocio: La Guerra por medio del derecho”, en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 16, n° 32. Segundo semestre de 2014. Pág. 75.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ SEARA, Luis. *El Poder y la Palabra*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995. Pág 555.

corresponderá al aparato político común –al Estado- garantizar “la igualdad en que cada uno tenga lo suyo”, de tal forma que el sujeto pasivo de los derechos naturales individual será el Estado, obligado tanto al respeto como a la garantía de aquellos, no sólo frente a las propias actuaciones estatales sino también frente a las de terceros particulares. La relación bilateral de los derechos queda establecida.

En el reforzamiento del aparato político estatal como responsable de la garantía de los derechos naturales de los individuos, Grocio se aleja de Bodin y de Suárez, y va más allá que ellos, negando el derecho de resistencia y abriendo el camino doctrinal al estado absoluto.¹⁸⁷ Y ello no supondrá contradicción alguna respecto a su exaltación de la libertad porque entiende que la libertad sólo es tal si se está protegida por un Estado fuerte.

3.- Thomas Hobbes.

La doctrina científica se encuentra dividida respecto de la afiliación de Hobbes a alguna de las grandes corrientes de la fundamentación jurídica¹⁸⁸, y así mientras para algunos se encuadra dentro de la escuela del derecho natural moderno¹⁸⁹, para otros es un claro exponente del positivismo jurídico¹⁹⁰.

Esta aparente paradoja se resuelve desde la comprensión que del derecho natural y del derecho positivo tengamos, pues si bien es cierto que Hobbes parte de la premisa de un *ius naturale* ilimitado (al contrario que Grocio o Vitoria), como fundamento del estado primitivo de naturaleza, seguidamente sitúa el pacto entre los hombres para reconocerse y limitarse derechos entre sí mismos, como fundamento positivo del orden social y jurídico. Por lo tanto, más que de una contradicción, cabe hablar de una sucesión de fundamentaciones. También cabe decir, como PECES-BARBA que: “El voluntarismo de Hobbes será el más significativo de un iusnaturalismo que sirve a su implantación como único Derecho”.¹⁹¹ Apuntando, en la misma línea: “Quizá sea Hobbes quien haga el esfuerzo intelectual más serio para superar la contradicción, y para él, al final, como dice Bobbio, la única función del

¹⁸⁷ SOLARI. *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*. Guida Editori, Napoli, 1974, pág 530.

¹⁸⁸ FELIPE HERNANDEZ, Javier. *El “iusnaturalismo” de Thomas Hobbes*; Revista Criterio Jurídico, V 10, N 1, 210, págs. 33-58

¹⁸⁹ HERVADA, Javier. *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*. EUNSA, Navarra, 2009, pág 91.

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*; Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1992; pág 103.

¹⁹¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*. Un Carlos III-BOE. Madrid, 1995. Pág 135.

Derecho Natural será justificar el Derecho Positivo. Un texto suyo será paradigmático cuando dice que: *corresponde a la soberanía todo el poder de prescribir las leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos*. Se ven claramente los valores a los que se refiere, que son la propiedad y los derechos como no interferencia, los que permiten un libre juego de la autonomía de la voluntad, los derechos de los privados. En ese sentido será un buen representante de los intereses de la burguesía, pero no de los derechos fundamentales. Está todavía en la justificación del Estado absoluto, y su positivación no dejará sitio para una moral autónoma, que se positiviza, sino que con la positivación se decide lo que es moral”.¹⁹²

Si GROCIO fundamentaba el derecho natural en el instinto de sociabilidad. HOBBS lo hará en el *instinto de conservación* del ser humano, que le otorga todas las facultades necesarias para preservar su vida; será precisamente en ejercicio de aquéllas como articule un pacto general por el que delega las mismas en el soberano, para que cumpla más eficazmente la función de preservación y defensa del individuo.¹⁹³

En lo que a nosotros interesa, conviene despejar una primera aproximación que situaría a Hobbes dentro de la relación bilateral de los derechos, en la medida en que, en su construcción, el individuo ha de solicitar del Estado (*Leviatan*) su intervención para la garantía de los mismos, porque lo cierto es que en realidad la intervención del Estado se va a realizar no como obligado de la prestación sino como garante de la misma respeto del titular del *ius* y frente al verdadero obligado, que será uno o varios de los individuos del cuerpo social según lo acordado en el pacto constituyente. La injusticia no será un atentando contra la ley natural, sino “el incumplimiento de un convenio”¹⁹⁴

¹⁹² PECES-BARBA. G. *Op Cit.* Pág 156.

¹⁹³ HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Biblioteca digital del Instituto Nacional de Estudios Políticos (INEP), México. Marxists Internet Archive, agosto 2013.: “La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza establecidas.”

¹⁹⁴ HOBBS, Thomas *Leviatan*, Madrid Alianza, 1989, pag 121.

La función del Estado es garantizar el cumplimiento del convenio. Como resume FELIPE HERNÁNDEZ:

“...cuando no existe un poder común que atemorice y obligue coercitivamente a los hombres a cumplir, un convenio se invalida ante la primera sospecha de incumplimiento, pues quien cumple primero no tiene garantías de que el otro cumplirá después, lo cual significa ponerse en manos de los enemigos. Así, pues, la única forma de garantizar la validez del convenio necesario para alcanzar la paz es crear un poder que, por medio de la fuerza, obligue a los hombres por igual al cumplimiento de dicho pacto y que los atemorice de recibir un castigo que sea mayor que el bien que derivarían del incumplimiento. Un poder semejante sólo puede lograrse mediante la construcción del Estado.”¹⁹⁵

No cabe por lo tanto a nuestro juicio ubicar a Hobbes, desde un punto de vista conceptual, en la corriente que se aboca a la concepción bilateral de los derechos subjetivos, sino más bien en la inicial configuración trilateral de los mismos que ya se dibujó en la doctrina de Occam entre titular, obligado y garante, correspondiendo al Estado esta última función frente a los individuos del cuerpo social que resulten compelidos por el pacto a la satisfacción del derecho impetrado por el titular. Sin embargo, no es menos cierto que desde una perspectiva formalista y utilitarista, la concepción del Hobbes allana sobremanera el camino hacia la decantación bilateral de los derechos en cuanto simplifica el ejercicio de los mismo mediante la acción de protección que se ha dirigir en todo caso frente el Estado, lo que a la postre confundirá su papel (y convertirá a éste por la vía de los hechos) de mero garante a efectivo obligado por la acción. Y en esta función de garantía y protección el Estado adquiere un poder ilimitado que, aunque se fundamenta en el pacto o convenio de los individuos, no tiene su límite en el mismo, ya que el soberano estatal no responde jurídicamente ante sus súbditos en ningún caso, ni aun en el supuesto de incumplimiento de sus obligaciones de garante del convenio, ya que incluso si tal incumplimiento se diera los individuos quedaría absueltos de la obligación de obediencia al Estado¹⁹⁶; si bien esta absolución no sería jurídica, sino meramente

¹⁹⁵ FELIPE HERNANDEZ, Javier. *Op cit.* Pág. 49

¹⁹⁶HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Biblioteca digital del Instituto Nacional de Estudios Políticos (INEP), México. Marxists Internet Archive, agosto 2013: “ De esta institución de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido. En primer lugar, puesto que pactan, debe comprenderse que no están obligados por un pacto anterior a

legitimadora de la acción de sublevación por la vía de los hechos, y que solo de resultar exitosa podría calificarse como justa. El poder del Estado surgido del pacto, según Hobbes, es ilimitado y finalista: garantizar los derechos de los individuos que estos le han entregado en el convenio fundante. Garantía de derechos que en el marco de su ejercicio práctico y en la dimensión de los primeros derechos de autonomía, se convertirá en obligación de su prestación.

4.- John LOCKE.

Si, como es sabido, LOCKE se ha convertido en el paradigma del iusnaturalismo racionalista liberal con su defensa de los derechos naturales del individuo, lo cierto es que en su primeras obras es complicado encontrar diferencias significativas entre su pensamiento y el de Hobbes, pues ambos parten del pesimismo antropológico en cuanto a la capacidad de los hombres para vivir pacíficamente en sociedad y concluyen en la necesidad de instaurar un poder político absoluto para garantizar la paz social y la preservación del individuo en comunidad¹⁹⁷. Poder al que no se podrá resistir el individuo ni en sus asuntos más íntimos y personales, incluido el ámbito de las creencias religiosas.¹⁹⁸

alguna cosa que contradiga la presente. En consecuencia, quienes acaban de instituir un Estado y quedan, por ello, obligados por el pacto, a considerar como propias las acciones y juicios de uno, no pueden legalmente hacer un pacto nuevo entre sí para obedecer a cualquier otro, en una cosa cualquiera, sin su permiso. En consecuencia, también, quienes son súbditos de un monarca no pueden sin su aquiescencia renunciar a la monarquía y retornar a la confusión de una multitud disgregada; ni transferir su personalidad de quien la sustenta a otro hombre o a otra asamblea de hombres, porque están obligados, cada uno respecto de cada uno, a considerar como propio y ser reputados como autores de todo aquello que pueda hacer y considere adecuado llevar a cabo quien es, a la sazón, su soberano. Así que cuando disiente un hombre cualquiera, todos los restantes deben quebrantar el pacto hecho con ese hombre, lo cual es injusticia; y, además, todos los hombres han dado la soberanía a quien representa su persona, y, por consiguiente, si lo deponen toman de él lo que es suyo propio y cometen nuevamente injusticia. Por otra parte, si quien trata de deponer a su soberano resulta muerto o es castigado por él a causa de tal tentativa, puede considerarse como autor de su propio castigo, ya que es, por institución, autor de cuanto su soberano haga. Y como es injusticia para un hombre hacer algo por lo cual pueda ser castigado por su propia autoridad, es también injusto por esa razón. Y cuando algunos hombres, desobedientes a su soberano, pretenden realizar un nuevo pacto no ya con los hombres sino con Dios, esto también es injusto, porque no existe pacto con Dios, sino por mediación de alguien que represente a la persona divina; esto no lo hace sino el representante de Dios que bajo él tiene la soberanía.”

¹⁹⁷ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Ed Aguilar, Madrid, 1980, párgf 87:” El hombre, según hemos demostrado ya, nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural. Tiene, pues, por naturaleza, al igual que cualquier otro hombre o de cualquier número de hombres que haya en el mundo, no solo el poder de defender su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes, contra los atropellos y acometidas de los demás; tiene también el poder de juzgar y de castigar los quebrantamientos de esa ley cometidos por otros, en el grado que en su convencimiento merece la culpa cometida, pudiendo, incluso, castigarla con la muerte cuando lo odioso de los crímenes cometidos lo exija, en opinión suya. Ahora bien: no pudiendo existir ni subsistir una sociedad política sin poseer en sí misma el poder necesario para la defensa de la propiedad, y para castigar los atropellos cometidos contra la misma por cualquiera de los miembros de dicha sociedad, resulta que solo existe sociedad política allí, y allí exclusivamente, donde cada uno de los miembros ha hecho renuncia de ese poder natural, entregándolo en manos de la comunidad para todos aquellos casos que no le impiden acudir a esa sociedad en demanda de

En esta línea, señala TOUCHARD que: “La obra de Hobbes y la de Locke, aunque difieran en sus aplicaciones prácticas, proceden de un mismo individualismo, de un mismo utilitarismo y de una misa preocupación por la seguridad y la paz”.¹⁹⁹

Será en el LOCKE maduro, autor de los *Two Treatises of Government* (hacia 1680) -inspiradores de las tesis de la Gloriosa Revolución de 1688 y del ideario del partido *Whig*- en el quepa apreciar una línea diferenciadora con relación a la doctrina hobbessiana y una primera formulación de los derechos como límites al poder político, si bien sobre la paradoja de fundamentar los derechos individuales en el cumplimiento de los deberes naturales previos que incumben al ser humano, muy especialmente el de su auto preservación, del que derivarán sus derechos a la vida, a la libertad y a la propiedad.²⁰⁰ Deber básico del que Locke deducirá también las

protección para la defensa de la ley que ella estableció. Vemos, pues, que al quedar excluido el juicio particular de cada uno de los miembros, la comunidad viene a convertirse en árbitro y que, interpretando las reglas generales y por intermedio de ciertos hombres autorizados por esa comunidad para ejecutarlas, resuelve todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de dicha sociedad en cualquier asunto de Derecho, y castiga las culpas que cualquier miembro haya cometido contra la sociedad, aplicándole los castigos que la ley tiene establecidos. Así resulta fácil discernir quiénes viven juntos dentro de una sociedad política y quiénes no. Las personas que viven unidas formando un mismo cuerpo y que disponen de una ley común sancionada y de un organismo judicial al que recurrir, con autoridad para decidir las disputas entre ellos y castigar a los culpables, viven en sociedad civil los unos con los otros. Aquellos que no cuentan con nadie a quien apelar, quiero decir, a quien apelar en este mundo, siguen viviendo en el estado de Naturaleza, y, a falta de otro juez, son cada uno de ellos jueces y ejecutores por sí mismos, ya que, según lo he demostrado anteriormente, es ese el estado perfecto de Naturaleza.”

Y se sigue en el párgf 89.: “En su consecuencia, siempre que cierto número de hombres se une en sociedad renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediéndolo a la comunidad, entonces y solo entonces se constituye una sociedad política o civil. Ese hecho se produce siempre que cierto número de hombres que vivían en el estado de Naturaleza se asocian para formar un pueblo, un cuerpo político, sometido a un gobierno supremo, o cuando alguien se adhiere y se incorpora a cualquier gobierno ya constituido. Por ese hecho autoriza a la sociedad o, lo que es lo mismo, a su poder legislativo para hacer las leyes en su nombre según convenga al bien público de la sociedad y para ejecutarlas siempre que se requiera su propia asistencia (como si se tratase de decisiones propias suyas). Eso es lo que saca a los hombres de un estado de Naturaleza y los coloca dentro de una sociedad civil, es decir, el hecho de establecer en este mundo un juez con autoridad para decidir todas las disputas y reparar todos los daños que pueda sufrir un miembro cualquiera de la misma. Ese juez es el poder legislativo, o lo son los magistrados que el mismo señale. Siempre que encontremos a cierto número de hombres asociados entre sí, pero sin disponer de ese poder decisivo a quien apelar, podemos decir que siguen viviendo en el Estado de Naturaleza.”

¹⁹⁸ FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. “Los derechos naturaleza en la filosofía política de Locke”, en la obra *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I; Dirección Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, Ed Dykinson, Madrid, 2003. Págs. 604-608.

¹⁹⁹ TOUCHARD. Jean. *Historia de las Ideas Políticas*, Vol I. Círculo Universidad. Barcelona, 1990. Pág 412

²⁰⁰ Se ha afirmado una clara influencia de la doctrina de Francisco de Suárez sobre la obra de Locke: “Locke ingresó en el Christ Church College de Oxford, a cuyo claustro llegaría a pertenecer, precisamente en 1652, el año de publicación del Discurso de Culverwell. Recibió la educación filosófica escolástica que entonces todavía dominaba en la conservadora institución académica oxoniense. Es probable que también él experimentase un fuerte influjo de Suárez. De hecho, varios de sus más autorizados intérpretes sostienen abiertamente que podría haber leído y manejado el *De legibus*”. Vid BACIERO RUIZ, F.T.: “El concepto de derecho subjetivo y el concepto de la propiedad provada en Suárez y Locke”, en *Anuario Filosófico* 45/2 (2012). Págs 412-413. Añadiendo: “No sabemos a ciencia cierta si Locke pudo conocer todos los pasajes suarecianos sobre el derecho a

características de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos con las que levantará su primer muro conceptual que limita el poder estatal. Es significativa en este punto la reflexión de J. DUNN cuando afirma que en la doctrina lockeana, “*lo que define a la vida humana es un conjunto de deberes, y el derecho a promover la felicidad en cualquier manera que sea compatible con estos deberes*”,²⁰¹ planteamiento que parcialmente –y con la omisión expresa a los deberes- fue recogida, como se sabe, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776.

Pues bien, será esta construcción de los derechos como límites al poder, con su dinamismo frentista y biunívoco, la que asentará definitivamente, tanto en el plano teórico, como en el normativo y en el procesal, la relación bilateral de los derechos fundamentales. Relación bilateral que llega a su máxima expresión cuando se afirma que se debe plantear incluso entre el Estado y el individuo en el seno de aquel respecto al ejercicio de los propios derechos de éste, en cuya garantía y respeto se impone en todo caso la decisión estatal por encima de la propia decisión de la persona afectada. Los derechos serán inalienables porque ni el propio titular de los mismos puede renunciar a ellos, mediante cesión o enajenación a terceros, correspondiendo al Estado en todo caso la garantía de su ejercicio incluso frente a las decisiones del mismo sujeto²⁰². Será transmisible su ejercicio o la renuncia a su ejercicio, pero nunca la capacidad para decidir al respecto, es decir, su titularidad que, correspondiendo al individuo garantizará siempre el Estado, verdadero obligado por el contenido de los derechos fundamentales individuales en la dimensión liberal de los mismos. La eventual negativa del Estado a proteger los derechos de los individuos será causa suficiente que legitima la insurrección de estos frente al primero.

la propiedad que hemos mencionado, aunque es prácticamente imposible que no tuviese noticia, y probablemente que hubiese manejado en alguna ocasión el *De legibus*, no sólo por la difusión que había logrado en la Inglaterra de la época y de la que hemos intentado dar razón, sino porque disponía además de una edición íntegra del magno tratado publicada precisamente en Londres en 1679, única edición completa del *De legibus* en un país de habla inglesa hasta el día de hoy. Probablemente gracias a esa edición, quizás por algún tipo de influjo indirecto, o porque hasta cierto punto la doctrina era común en determinados ambientes, sus reflexiones sobre el derecho subjetivo y el derecho a la propiedad privada son en gran medida no sólo las de un autor “escolástico”, como Schumpeter puso de relieve, sino además las de un autor suareciano.” *Op. Cit.* Pág 419-420

²⁰¹ DUNN, J. *The political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988. Pág. 88.

²⁰² TUCK, R. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, Cambridge University Press, 1981, Págs. 143-155.

Superando el marco de las doctrinas previas del derecho natural, sostenidas por algunos escolásticos españoles o por juristas como François Conan o Pierre de la Grégoire en la segunda mitad del siglo XVI, que consideraban la propiedad privada más que como un derecho como una institución exigida por las circunstancias históricas que podría cambiar si variaban las circunstancias, Locke afirmará con rotundidad que el derecho a ser propietario es un derecho innato o absoluto del ser humano, avanzando la clave de lo que él entendía como contenido necesario de la Ley natural: vida, libertad y propiedad privada.²⁰³

Y es curiosamente, sin embargo, en el estudio del derecho de propiedad en Locke donde algunos autores, como LASALLE RUIZ atisban una relación jurídica trilateral de los derechos en su doctrina. Afirma el autor citado que: “Para Locke, el derecho a la preservación que disfruta cada miembro de la especie humana es, por utilizar la terminología de Grocio y Pufendorf, una *facultas moralis* o, si se prefiere, un derecho subjetivo: esa *potestas* de la que habla Pufendorf en su *De iure naturae et gentium* y que se define como: ‘aquello que un hombre es capaz de hacer y que tiene un efecto moral. Ese efecto es una obligación que recae sobre otro que le fuerza a realizar algún cometido o a reconocer como vinculantes algunas de sus acciones, o a no impedir las, o a aquello que le permitirá conferir a otro un poder de acción o posesión que el segundo no tenía antes’ .En este sentido, en la idea de derecho subjetivo que Locke baraja están contenidas tanto esa nota de poder o *potestas* que disfruta el titular como esa otra nota de obligación que soporta el destinatario de la acción en la que se traduce el mencionado poder y que no es otra que una especie de vínculo interno que actúa sobre la voluntad del receptor de la acción”.²⁰⁴

La posible ambivalencia interpretativa sobre la concepción del derecho de propiedad en Locke es también destacada por BACIERO RUIZ, que afirma: “La discusión del derecho a la propiedad privada en el capítulo quinto del Segundo tratado sobre el gobierno civil es considerada una de las grandes aportaciones de Locke a la historia del pensamiento económico, y ha generado una incontable bibliografía y largas discusiones entre sus estudiosos sobre la correcta interpretación

²⁰³ CARPINTERO, Francisco; *El derecho subjetivo en su historia*. Ed. Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003. Pág 294.

²⁰⁴ LASALLE RUIZ, José María. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Uni. Carlos III. Dykinson, Madrid, 2001. Pág 242.

del texto, interpretaciones que oscilan entre aquellas que lo consideran la justificación por excelencia del “individualismo posesivo” propio del capitalismo, hasta aquellas que ven en él un antecedente del pensamiento socialista, en la medida en que Locke pone límites morales al derecho de apropiación, entre ellos el destino universal de los bienes. En realidad, Locke parece reproducir también en este caso lo esencial del pensamiento suareciano, tanto en los detalles como en el marco general de su doctrina, contexto que es típicamente escolástico.”²⁰⁵

Siendo esto así -lo que no haría sino confirmar que en realidad siempre es posible una lectura trilateral de la relación jurídica de los derechos- nos inclinamos por situar a Locke en la línea de consolidación de la relación bilateral por la mayor eficacia que va a otorgar (y va a conseguir históricamente) a la dimensión de los derechos como límites al poder.

En este sentido coincide FERNÁNDEZ PEYCHAUX al señalar: “En tanto que naturales, todos los derechos pre-políticos son inalienables y, por consiguiente, se les atribuye una misma dignidad. La inexistencia de la sociedad como un ente distinto a la mera sumatoria de individuos y la inviabilidad fáctica del orden de la ley de naturaleza, tal como la presenta Locke, excluyen cualquier tipo de deber que sobrepase la esfera del estricto respeto por los derechos ajenos. El mero intento de realizar una lectura positiva de la relación entre derechos y deberes, lo que implicaría invertir la relación tal como la presentan Strauss, Cox y Macpherson, supone negar la verdadera naturaleza de los derechos *lockeanos*.” (...) “No obstante y en segundo lugar, en *Two Treatises* se presentan los derechos como propiedades y la mención de los deberes parecería secundaria. Es decir que el tratamiento de los derechos del hombre como propiedades ubica a Locke dentro de una escuela subjetiva de los derechos que deja, a priori, un margen estrecho para una lectura positiva. Los deberes no sólo podrían ser relegados a un segundo plano, sino que la expulsión de esos deberes del ámbito del derecho hacia el de la caridad es, como se ha mencionado, algo más que una posibilidad”.²⁰⁶

²⁰⁵ BACIERO RUIZ, F.T.: “El concepto de derecho subjetivo y el concepto de la propiedad provada en Suárez y Locke”, en *Anuario Filosófico* 45/2 (2012). Pág 414.

²⁰⁶ FERNÁNDEZ PEYCHAUX, Diego A. “El concepto de derecho en Locke”. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011. Págs. 30-31

En la misma línea afirma Isabel WENCES: “Si el poder perjudica a los derechos naturales, principalmente a la libertad y a la propiedad, Locke reconoce a los gobernados el derecho a sublevarse. El fin de la sociedad civil es la seguridad de sus miembros, por lo tanto, los hombres tienen el derecho a juzgar si los poderes legislativo y/o ejecutivo cumplen esta misión, y si no es así, el derecho a la resistencia se considera legítimo”.²⁰⁷ Añadiendo seguidamente que “el reconocimiento de la personalidad individual como origen, fin y limitación de la actividad estatal es uno de los componentes del Estado liberal y que, ligado históricamente al proceso constitutivo de dicho Estado se encuentra la lucha contra la intolerancia y consecuentemente la consagración de la libertad religiosa y de conciencia que encuentran en Locke a uno de sus máximos representantes.”²⁰⁸

La separación y superposición de planos entre Estado e individuo es lo que caracteriza a la sociedad civil, puesto que el estado previo, el estado de naturaleza, “es un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos”.²⁰⁹

Esta dimensión de los derechos como límites al poder es destacada por CARPINTERO: “De ahí se deduce que, si alguien trata de colocar a otro hombre bajo su poder absoluto, se coloca con respecto a éste en un estado de guerra...la única seguridad que yo tengo de mi salvaguarda consiste en libertarme de semejante fuerza”²¹⁰. Con lo que la rebelión contra la tiranía opresora de los derechos queda justificada en la necesidad de defensa de esos mismos derechos.

²⁰⁷ WENCES SIMÓN, M^a Isabel; *En torno al origen del concepto moderno de sociedad civil (Locke, Ferguson y Hegel)*. Ed Dykinson. Madrid. 1998. Pág. 34

²⁰⁸ WENCES SIMÓN, M^a Isabel; op. Cit., págs. 35-36. Esta autora pone de manifiesto asimismo una de las causas históricas que contribuyeron a levantar el escenario mental de la relación jurídica bilateral de los derechos, cuando recuerda que: “La distinción entre lo político y lo social, entre el Estado y la sociedad resultan comunes en el día de hoy. Sin embargo, estas son diferencias y contraposiciones que se afianzan y adquieren su aceptación actual solamente hacia el siglo XIX. En la antigua filosofía europea, hasta aproximadamente mediados del siglo XVIII, el Estado y la sociedad civil se encuentran fusionados políticamente por el mismo concepto. Durante este largo periodo se despliega una concepción teórica sobre el mundo políticamente organizado en la que el Estado no contiene a la sociedad dentro de sí ni tampoco presupone su existencia, sino que él es *sociedad*, pero *sociedad civil, política*. ARANGUREN sintetiza esta afirmación cuando señala: la expresión sociedad civil, como tal, procede del latín de la Segunda Escolástica, *societas civilis*. Pero *societas civilis* era para aquélla lo mismo que *societas política* o *potestas civilis*, o sea, el equivalente del neologismo maquiaveliano *Stato*” (págs 9-10)

²⁰⁹ LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. (Traducción de Carlos Mallizo). Madrid, Ed. Alianza Editorial. Pág. 36.

²¹⁰ CARPINTERO, F. *Op cit.* Pág 271, citando la obra de Locke “*Segundo ensayo sobre el gobierno civil*”. Traducción de A. Lázaro Ros. Ed Orbis, Barcelona, parágrafo 6.

La influencia de la doctrina de Locke será enorme en la primera de las revoluciones liberales, la americana, como veremos más adelante. Como señala CHÂTELET respecto a la significación de la revolución de las colonias de Norteamérica: “Aunque a su frente se encuentran políticos realistas, hace valer de buen grado para justificarse en la Declaración de Independencia (1776) y la declaración de derechos (1787) nociones tomadas de la doctrina de los derechos naturales de John Locke, especialmente la de la insurrección sagrada”²¹¹

Una de las contribuciones más relevantes de Locke en el proceso de evolución de los derechos es la de haber proyectado una dimensión universal sobre el localismo corporativo de los tradicionales *Bills of Rights*. Como señala TRUYOL y SERRA: “De suyo, los derechos así proclamados y protegidos no pasaban de ser derechos de los ciudadanos ingleses. Pero la filosofía jurídica de Locke les confirió, con la fundamentación iusnaturalista, un alcance universal”.²¹²

Siguiendo a CARRETERO cabe recordar que: “La obra de Locke estaba destinada al éxito porque postulaba la libertad y la propiedad privada, y si con aquellas se favorecía la causa antiabsolutista, con ésta se fundamentaba el capitalismo que ya existía en Europa, y que aún carecía de suficiente justificación doctrinal.”²¹³

Con Locke finaliza el proceso de la génesis de la relación bilateral de los derechos subjetivos en su eficacia práctica y se abre el periodo de consolidación de esta relación en la configuración del Estado nacional liberal, en la fase que podríamos identificar como la del *Estado Conformado*, que se construye sobre los dos grandes pilares del pensamiento jurídico contemporáneo: la primacía de la ley general como instrumento de ordenación social –fruto de la voluntad popular- y el respeto y garantía de los derechos humanos, configurados sobre el armazón jurídico del derecho subjetivo, como pauta y límite de la relación entre el individuo y el Estado.

²¹¹ CHÂTELET, F, DUHAMEL. O y PSIER'LOUCHNER, E. *Historia del Pensamiento Político*. Ed Recnos, Madrid, 1992. Pág 84.

²¹² TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Ed tecnos. Madrid, 1994. Pág 17.

²¹³ CARPINTERO, F. Op cit. Pág 272.

PARTE SEGUNDA. LA CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN BILATERAL. EL ESTADO CONFORMADO.

El colapso del Antiguo Régimen se produce como consecuencia de su incapacidad para admitir, incorporar e incluir dentro de sus estructuras políticas, sociales y económicas y de su lógica de funcionamiento las necesidades y aspiraciones de una nueva clase social, la burguesía, surgida con los procesos de explosión demográfica, crecimiento de las ciudades, expansión comercial, revolución agraria e industrial que los avances tecnológicos provocan durante el siglo XVIII en Europa. Esta nueva clase social destruirá el sistema estamental y el mecanismo de equilibrios y oposiciones entre estamentos, construyendo un artificio conceptual y operativo que servirá tanto de garantía como de límite a sus pretensiones: el Estado nacional liberal, con respecto del que establecerá una relación de colaboración y oposición en régimen bilateral, a cuyo servicio se configurará la teoría estructural del mecanismo esencial de su formulación jurídica: los derechos fundamentales, en su primera definición liberal como derechos del hombre y del ciudadano.

Si en el plano de la arquitectura política institucional el pensador relevante es, sin duda, Montesquieu, con la adaptación continental de lo que él entiende como la evolución del régimen constitucional inglés, consideramos que en el ámbito de la configuración filosófica y jurídica de los derechos de los ciudadanos (es decir, de los burgueses) Sieyès ofrece una aportación más significativa al núcleo de las demandas sociales, que pueden rastrearse inicialmente en los *cahiers de doléances* que se presentan a los Estados Generales de 1789 y ya en los mismos discursos de la Asamblea Constituyente posterior. Entendemos que en ese contexto ideológico y social se encuentra la explicación de la consolidación de la relación bilateral del *ius* como presupuesto y, a la vez, consecuencia del *Estado Conformado* en su primera versión liberal. Desde estos parámetros analizaremos en primer lugar la efervescencia política e ideológica de la Francia revolucionaria y posteriormente la exposición de las nuevas ideas en los insurgentes y constitucionalistas norteamericanos, para acabar exponiendo su plasmación formal en las primeras declaraciones de derechos americanas y francesas.

Aunque el resultado del proceso francés y el norteamericano acabe diseñando un orden similar, lo cierto es que, como veremos los caminos seguidos

fueron distintos y las causas de los mismos, diferentes y dispares. En este sentido, señala GARCÍA MANRIQUE, recordando a Habermas, que: “En Norteamérica, se trataba de procurar a la materia jurídica heredada (de la tradición inglesa) otro fundamento de legitimación, una materia que ya existía y que ya había encarnado en la estructura social, de manera que los redactores de las declaraciones de las colonias, o de la Declaración de Independencia, se limitaron a incluir en ellas, dice el filósofo alemán, lugares comunes. En otras palabras, los estados de cosas expresados por los derechos declarados ya estaban vigentes en la tierra americana. En cambio, en Francia se trataba de convertir en práctica social lo que todavía era solo filosofía moral y política. Por eso, *declarar*, en Norteamérica significaba *refundar* un orden jurídico ya vigente, pero en Francia significaba *traducir* el orden moral natural (pensado) en orden jurídico positivo (practicado), que por lo tanto no era refundado sino fundado o creado, porque los estados de cosas expresados por los derechos declarados aún no estaban vigentes en la sociedad francesa”.²¹⁴

Analizaremos seguidamente los dos caminos.

Capítulo 1. - Las reflexiones filosóficas en los albores del Estado liberal

1.1.- Francia.

La evolución de Francia durante el siglo XVIII se enmarca dentro del proceso evolutivo general que experimenta el conjunto de Europa con las particularidades propias de su ubicación geográfica en el oeste templado del continente, que le proporciona una considerable riqueza en recursos naturales, y su posicionamiento como potencia de primer orden en el contexto mundial que, tras la decadencia de España y los Países Bajos, solo compartirá, en equilibrio inestable y disputa permanente, con Gran Bretaña.

En el siglo XVIII se suceden en Francia una serie de acontecimientos aislados y se desarrollan un conjunto de procesos evolutivos que confluyen en el estallido de la arquitectura institucional del Antiguo Régimen. Pero es conveniente destacar que tal final no estaba necesariamente determinado, como ningún suceso histórico lo está, sino que como afirma George RUDÉ los acontecimientos podrían

²¹⁴ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, en *Derechos y Libertades*, número 23, época II, junio 2010, pág 89.

perfectamente haber sido otros y sus consecuencias muy distintas. Apunta con razón en este sentido que el historiador del siglo XVIII:

“Se halla continuamente en peligro de presentar la historia de la Europa prerevolucionaria como una especie de desorbitado telón de fondo de la revolución, o como la historia del *ancien régime* en Francia, en la cual todos los caminos conducen inexorable e inevitablemente al París del verano de 1789. Sin duda, la verdad es que algunos caminos conducían hacia allí, mientras que otros, con igual determinación, no lo hacían.”²¹⁵

Siendo ello ciertamente así, no obstante, es preciso reconocer con honestidad que, si bien no existía una determinación necesaria, sí había una alta probabilidad de que la historia se desarrollase como al final lo hizo, como seguidamente veremos.

Las paradojas históricas y conceptuales, muy habituales en el curso de la humanidad y de algunas de las cuales ya hemos dado cuenta en este trabajo, se proyectan con intensidad en el siglo XVIII en el ámbito político, económico y sociológico francés. La estratificación social y la dificultad de pasar de una clase a otra e incluso de realizar las tareas que a una estaban reservadas por parte de sujetos pertenecientes a otra –que se suele considerar como uno de los tapones que generaron la tensión previa a la revolución- no es tan acusada en Francia como en el resto de la Europa continental. Y así, el ejercicio del comercio, que enriqueció y fortaleció a la burguesía, y que se encontraba vedado para la nobleza en países como España o Polonia, no estuvo prohibido en Francia para los integrantes del estamento nobiliario. Y la entrada en este último grupo de individuos procedentes de la burguesía, resultaba relativamente accesible por vía matrimonial o incluso por la más venal de compraventa de títulos.

En el campo, el cierre de fincas que en países como Inglaterra (con los *enclosures*) había provocado una pauperización del campesinado con la agitación social correspondiente y la creación de un primer proletariado industrial, no había tenido una proyección similar en el suelo agrícola francés.

²¹⁵ RUDÉ, George. *Europa en el siglo XVIII*. Ed. Altaya. Barcelona, 1998, Pág.9.

El aparato institucional del Estado absoluto se configura como una estructura extractiva al servicio de las clases sociales dirigentes, el clero y la nobleza. La Monarquía, entronizada y garantizada por ambas, representa la unidad de actuación política y militar necesaria para asegurar el reparto de los recursos directos e indirectos procedentes del territorio nacional e impedir la intromisión de los foráneos en la distribución del botín. Para el cumplimiento de su misión se reserva una participación significativa en las rentas extraídas a las clases productivas, el campesinado y la burguesía. Podemos apuntar que, en este sentido, el Estado absoluto representa una tecnificación y perfeccionamiento de la lógica económica de la sociedad feudal.

Cuando los avances tecnológicos permiten el desarrollo del mercantilismo y con éste, el enriquecimiento de sus principales protagonistas, los burgueses, la Monarquía buscará una alianza directa con la principal clase productiva, lo que generará inevitablemente conflictos por la preeminencia efectiva del poder con la nobleza. Cuando los monarcas toman la iniciativa lo harán aplicando las técnicas y doctrinas que conocemos como despotismo ilustrado, en ocasiones para continuar la visión de sus predecesores (Federico el Grande de Prusia y Catalina de Rusia, que siguieron la estela de Federico Guillermo I y Pedro el Cruel) y en otras para intentar revitalizar una monarquía en franca desventaja en sus relaciones con la aristocracia (Portugal, España, Dinamarca y el Imperio austrohúngaro)²¹⁶. Si en los casos citados los monarcas no obtuvieron un resultado claramente favorable, en otros como en Suecia, con Gustavo III, o en Polonia, con Estanislao Poniatowski, la Monarquía impuso claramente su poder frente a la nobleza.

En Francia, sin embargo, como en Inglaterra, la iniciativa la tomaron los nobles, bien impidiendo la infiltración de los burgueses en los cuerpos y aparatos del Estado (Inglaterra) o bien revirtiendo el proceso si ya se había iniciado, como en Francia, donde el sistema abierto por Luis XIV para llevar a los altos cargos de la Administración a los miembros de la burguesía fue abandonado por el mismo monarca en sus últimos años y más tarde por sus sucesores, especialmente a partir de la década de 1760, como nos señala RUDÉ al recordar que:

²¹⁶ RUDÉ, Goerge. Op. Cit, pág 221.

“En 1789, ni un obispo ni un Intendente eran antiguos plebeyos; todos, salvo tres (Necker fue la excepción más notable) de los ministros del rey nombrados a partir de 1718 eran nobles; varios Parlamentos se negaron durante mucho tiempo a admitir a plebeyos en sus filas; y el decreto del Canciller Ségur, de 1781, prácticamente imposibilitó el que a partir de entonces un burgués o un *anobli* reciente (tenía que demostrar cuatro generaciones de nobleza) pudiera llegar a ser candidato a oficial en el ejército, a menos que ascendiera desde la tropa.”²¹⁷

Como vemos, el conflicto en la lucha por el control de los aparatos del Estado era evidente y el monarca, como personificación del poder estatal no duda en volver a abrazar a las clases privilegiadas cuando no consigue una alianza sólida con la burguesía. En algunos casos, esta decisión será manifiestamente errónea y desastrosas para la institución monárquica, como en Francia. La razón es clara, porque la propia dinámica de dominación y explotación consustancial al Estado absoluto aboca a éste a su extinción por agotamiento. La necesidad de combatir al enemigo exterior para impedirle que tenga acceso a nuevos recursos que aumenten su poder exige un gasto militar que no puede sostenerse con el remanente de las rentas extractivas. Las clases privilegiadas y exentas de las cargas contributivas, clero y nobleza, no están dispuestas a contribuir; la burguesía no quiere ni puede soportar en exclusiva el esfuerzo que pone en peligro su propio desarrollo y, con ello, su misma existencia. El Estado exagera su función de extracción activa de recursos para garantizar su pervivencia y con ello continuar prestando sus servicios de reparto a favor de los estamentos privilegiados. Tal configuración del Estado deviene incompatible con los intereses de la burguesía cuya supervivencia exige la destrucción de un Estado *prestador* de prebendas a las clases improductivas mediante la persecución *activa* de los burgueses y demanda su sustitución por un nuevo Estado abstencionista, que se limite a *garantizar* el libre desarrollo de las actividades comerciales e industriales de la burguesía que, como clase productiva, puede vivir y desarrollarse por sus propios medios sin necesidad de parasitar institucionalmente al resto de la sociedad. La burguesía pretenderá que la Monarquía asuma ese nuevo papel del Estado y cuando descubre que el monarca no está dispuesto a ello, éste también desaparecerá.

²¹⁷ RUDÉ, Goerge. Op. Cit, pág 222.

En Francia el proceso se desencadena con la asfixia económica originada por los gastos provocados en la ayuda al proceso de independencia de los Estados Unidos para minorar el poder de Gran Bretaña. Es conocida la sucesión de intentos infructuosos por obtener rentas de la nobleza. Y así Calonne, Controlador General, lanza la tentativa de implantación de un impuesto rústico sobre la contribución anual del suelo, que fracasa; Brienne, su sucesor, aunque limita la propuesta tampoco consigue su implantación. Como reacción de los privilegiados se pone en marcha la denominada *révolte nobiliaire*, dirigida por los Parlamentos aristocráticos provinciales que, tras la subsiguiente represión ministerial con la supresión de todos ellos, da pie a la revuelta de 1788, en la que se alían coyunturalmente el clero, la nobleza, los estados provinciales e incluso los campesinos y algunos representantes de los burgueses, como Barnave, en una ola de indignación contra el despotismo ministerial. La aristocracia resulta vencedora en su pugna contra los ministros del monarca; se obliga a éste a cesar a Briennes que es sustituido por Necker, y se convocan los Estados Generales en mayo de 1789 en los que se preveía una clara victoria de la nobleza y el clero. Pero, en una nueva paradoja de la historia, como ya sabemos, lo que ocurrió fue todo lo contrario.²¹⁸

La pregunta sobre por qué se produjo la revolución precisamente en Francia cuando sus condiciones sociales, políticas y económicas eran relativamente similares a las de otros países europeos ha tenido diversas respuestas a lo largo de la historia. Para algunos, como Edmund BURKE, la revolución francesa no responde al anhelo del pueblo, sino que es el fruto de las intrigas de un grupo de literatos y filósofos frustrados, anticlericales y llenos de rencor hacia la antigua aristocracia, que se aprovecha de la ignorancia de las masas.²¹⁹ Sin embargo, para Alexis de Tocqueville, la revolución es la obra colectiva del pueblo guiado y dirigido sabiamente por las élites ilustradas, que toman conciencia de su dignidad y consideran ya inaceptable el sistema de sometimiento feudal que practica la nobleza y la monarquía.²²⁰

²¹⁸ RUDÉ, Goerge. Op. Cit, págs. 2228-229

²¹⁹ La tesis “conspirativa” como origen y causa de la revolución se expone en la obra de Edmund BURKE, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Ed Alianza Editorial, Barcelona

²²⁰ TOCQUEVILLE, Alexis de. Expone esta tesis en su obra *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Alianza Editorial, Barcelona, 2004

Los historiadores posteriores se han encuadrado a grandes rasgos en una u otra de estas dos visiones. Sin embargo, ninguna de ellas, por sí sola es suficiente para explicar razonablemente el hecho de que la chispa revolucionaria saltase y llegase a prender concretamente en Francia.

Como señala RUDÉ, “la Revolución Francesa aparece pues como el resultado de una combinación de factores, tanto a largo como a corto plazo, producto de las condiciones del *ancien régime*. Los antiguos agravios de los campesinos, los ciudadanos y la burguesía; la frustración de las crecientes esperanzas de los burgueses y los campesinos ricos; la insolvencia y bancarrota del gobierno; el progreso de la ‘reacción feudal’; las exigencias y las intransigencias de la aristocracia; la propagación de las ideas radicales entre amplios sectores del pueblo; una profunda crisis económica y financiera; y los ‘chispazos’ sucesivos de la bancarrota del Estado, la revuelta aristocrática y la rebelión popular; todos estos factores desempeñaron un papel. ¿Eran estos factores peculiares y exclusivos de Francia? Considerados aisladamente la respuesta puede ser no. Si dejamos a un lado los ‘chispazos’ últimos, similares tensiones, crisis y frustraciones se dieron, bajo una u otra forma, en varios países europeos de esa época. ¿Por qué pues hubo una revolución de ese tipo en Francia y no en otra parte? O podemos plantear la cuestión de otra manera y preguntar, como ha hecho Godechot, después de describir los motines y levantamientos en las grandes ciudades como Londres, Bruselas y Amsterdam en la década de los 1780: ¿Por qué los motines que estallaron en las capitales extranjeras, especialmente en Londres, no provocaron el colapso del poder real o aristocrático ante las masas insurgentes?”²²¹

El citado autor nos proporciona dos elementos diferenciales; una clase media fuerte y un *corpus* ampliamente difundido de ideas políticas radicales.

La clase media francesa, nutrida esencialmente de burgueses enriquecidos con las actividades comerciales e industriales y de algunos campesinos adinerados, se hace consciente de su fuerza cuando, mediante la alianza coyuntural con la aristocracia de los Parlamentos en la conocida como primera revolución nobiliaria, consigue imponerse sobre los proyectos de los ministros gubernamentales. Asume su poder y vislumbra la cercana posibilidad de derribar el antiguo armazón del

²²¹ RUDÉ, G. *op cit.* Págs. 309-310

Estado recaudador y extractivo al servicio de las clases privilegiadas y parasitarias y sustituirlo por un nuevo Estado protector de la clase productiva por excelencia que se configure política y jurídicamente como garante de sus derechos e intereses.

En su lucha contra las pretensiones ministeriales consigue la convocatoria de los Estados Generales, momento en que romperá su alianza transitoria con la nobleza y propondrá la desaparición del voto por estamentos para sustituirlo por el voto por individuos (*par têtes*) en el primer acto con significación claramente rupturista. La nobleza que hasta ese momento se creía dominadora y directora del proceso, se encuentra de bruces ante el abismo de la historia.

Pero el segundo elemento, el relativo al *corpus* doctrinal, es ciertamente el más propio de la Francia prerrevolucionaria. En ningún otro país de la época se asiste a una labor intelectual de creación y difusión como la que se produce en torno a la Enciclopedia que, aunque de elevado coste y solo al alcance de los más pudientes, despliega un torrente de ideas primarias y derivadas entre la nobleza de toga y la burguesía comercial y financiera. A la hora de establecer una jerarquía aproximada en las corrientes filosóficas del momento y su influencia, nos recuerda TOUCHARD que J. Godechot estima que la influencia dominante a fines del siglo XVIII es la de los fisiócratas y que esta influencia es aún mayor que la de Rousseau, colocado así en segundo lugar antes que Voltaire, los enciclopedistas y Montesquieu. Sin embargo, precisa el propio TOUCHARD, que las ideas de Montesquieu fueron adoptadas por una burguesía a la que no apreciaba y que había leído poco su obra; mientras que las de los fisiócratas, cuyo éxito lógicamente debería haber sido muy grande, rara vez fueron adoptadas por quienes aparecía como sus aliados naturales.²²²

Fuese en realidad cual fuese el orden de influencia concreto, lo cierto es que la profundidad y extensión del cuerpo doctrinal de ideas políticas radicales es un fenómeno exclusivo de la Francia prerrevolucionaria y forma parte destacada de las causas explicativas de la revolución. En este sentido es sumamente significativa la reflexión que, al respecto, hace LASKI cuando afirma: “Pero cuando los hombres de negocios encontraron en los filósofos la nueva moralidad que buscaban, no fue eso solamente lo que allí descubrieron. El ambiente de la literatura de la época es

²²² TOUCHARD. Jean. *Historia de las Ideas Políticas*, Vol II. Círculo Universidad. Barcelona, 1990. Pág 94

exactamente esa combinación de positivismo y escepticismo que representa su propia actitud. Hay la creencia que puede descubrirse una forma natural de gobierno que corresponda en la esfera social a las grandes leyes de Newton en la física. Y por una coincidencia singular, esa forma natural les dará los principios que requiere la prosperidad comercial.”²²³

Y a estos dos elementos propios del ámbito francés de la época ha de añadirse un tercero que, para nosotros, resulta determinante y decisivo y que RUDÉ solo menciona de pasada. Nos referimos a la oportunidad que tuvo la burguesía francesa de plasmar sus ansias de sustitución del Estado y el cuerpo de las doctrinas radicales en un *proyecto concreto de acción política*. Esta oportunidad se le brinda con la convocatoria de los Estados Generales, momento en que, asume en solitario la defensa de sus intereses y los concreta y expone, con ánimo reivindicativo y de transformación, en los cuadernos de quejas, que, como tercer estado, le corresponde confeccionar según las ordenanzas del antiguo régimen. Y así lo hará, pero superando el registro de la queja por la exigencia de la demanda y, además, no como simple representante de un estamento, sino con la pretensión de serlo de toda la nación.

Y en este proceso de concreción, en el que la doctrina se pone al servicio de la acción, la figura de Sieyès surge como máxima expresión de lo que se ha venido en llamar “los principios del 89” y que, además, al objeto de nuestro trabajo, supone un paso decisivo en la consolidación de la relación bilateral de los derechos entre la burguesía que se ve triunfante y el Estado que ésta crea para la garantía y protección de sus derechos e intereses.

A.- Sieyès.

Nos dice Ramón MÁIZ que: “Ciertamente, Emmanuel Joshep Sieyès (1748-1836), fue no solo el pensador más profundo de la Revolución francesa, sino su mejor símbolo, y ello tanto en los comienzos de 1789 a 1791, cuanto en Thermidor (1794) y Brumario (1789). Este ‘espíritu inmenso, pleno de sutileza y profundidad’ en decir de Constant, será al mismo tiempo, más allá del estereotipo de ‘*constituant en chambre*’, al que se le ha reducido tantas veces, un hombre de acción, el conductor

²²³ LASKI, H.J. *El liberalismo europeo*. Fondo de Cultura Económica. México, 1988. Pág 148

explícito o '*derrière le rideau*', de la revolución en buena parte de su recorrido, el cual, indomable, se escaparía una y otra vez a sus designios."²²⁴

Efectivamente, tal vez una de las características más significativas de Sieyès sea la de su condición de hombre de acción por encima de la de pensador, cumpliéndose nuevamente una de esas paradojas propias de la historia de los derechos fundamentales en las que, como ocurriera con Occam, las grandes transformaciones conceptuales surgen de figuras que no se insertan en los ámbitos típicos del pensamiento filosófico, sino que se desarrollan en el seno de la lucha y el avatar político e incluso personal, ajustando las categorías del pensamiento al curso de la acción.

En la misma línea, afirman Marta LORENTE y Lidia VÁZQUEZ que: "Sus ambigüedades, sus contradicciones y también la repercusión de sus ideas deben ser contextualizadas, ya que el *l'abbé Sieyès* fue fundamentalmente un hombre de acción, un hábil, aunque en ocasiones incomprendido, hombre de Estado"²²⁵

Sieyès representa, sin duda, un hito fundamental en la historia de la teoría jurídica del *ius*, aunque muy probablemente sea una mera consecuencia refleja de su verdadera voluntad, orientada esencialmente a la teoría política y a la arquitectura constitucional. La gran aportación de Sieyès consiste en la disolución de los órdenes intermedios en la sociedad, erigiendo como único sujeto de la actuación política nacional al *tercer estado*, a la burguesía, que se identificará a la postre con la misma personificación de la propia entidad estatal. Configurado el Estado como único sujeto activo de la acción política se convierte automáticamente, y por esa misma circunstancia, en único sujeto pasivo frente a las demandas del individuo al que reclamar el inicio de una determinada acción política o la abstención de la misma. El individuo se relacionará sólo y exclusivamente con el Estado para la defensa, protección y, en su caso, satisfacción de sus intereses como miembro de la sociedad política. Así pues, la relación jurídica bilateral de los derechos quedará conceptual, sociológica e institucionalmente establecida. El Estado —en su configuración nacional— aparece como el único sujeto con legitimidad y capacidad suficiente para

²²⁴ MÁIZ, Ramón.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*. Ed. Tecnos, Madrid, 2007, pág. 13.

²²⁵ LORENTE, Marta y VÁZQUEZ, Lidia. *Introducción a "Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios: de Emmanuel Sieyès*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pág 8.

garantizar el contenido de los derechos, caracterizado en esta primera fase por una vertiente fundamentalmente negativa o abstencionista, dado que es la clase económicamente más dinámica y autosuficiente la que se inserta en personificación del aparato estatal.

Un breve recorrido a su biografía, en el contexto del devenir revolucionario como gran eclosión social, nos facilitará la comprensión de su verdadera dimensión.

En el mismo año en que Montesquieu publica *El Espíritu de las Leyes* nace Provenza, el 3 de mayo de 1748, en el seno de una familia modesta, Emmanuel Joseph Sieyès. Orientado por decisión del padre hacia la carrera eclesiástica, se formará en el seminario parisino de San Sulpicio, donde junto a la formación reglada conocerá en profundidad las obras de Condillac, Helvetius, Grocio, Hobbes, Leibniz, Spinoza y Hobbes, así como la doctrina de los fisiócratas, especialmente de Adam Smith. Su primer empleo lo desempeña como secretario del Obispo Jean Baptiste Joseph de Lubersac, en la diócesis de Tréguier, en la Bretaña, a quien unirá su destino profesional. El siguiente paso es el de eclesiástico administrador de la diócesis de Chartres, para la que es elegido el obispo Lubersac en 1780. Sieyès pasa grandes temporadas en París y en 1786 es nombrado comisario en la Cámara soberana del Clero, con sede en la capital francesa, invirtiendo también su tiempo en la asidua frecuentación de clubes, logias masónicas y reuniones políticas.²²⁶ Allí conocerá a Tayllerand, Mirabeau o La Fayette, y asistirá a los salones de Madame Helvetius, de la Marquesa de Condorcet y de Madame Necker. Como vemos, el abate se encuentra en el centro del círculo de las inquietudes políticas e intelectuales de la época.

La amenaza de la bancarrota, acelerada por el apoyo francés a los revolucionarios americanos en su revolución contra Inglaterra, provoca la iniciativa gubernamental para exigir impuestos a la nobleza con los que aliviar las dificultades del Tesoro. Los nobles reaccionan invocando la Constitución histórica del reino y exigiendo la convocatoria de los Estados Generales como única instancia legitimada para imponer cargas económicas al estamento nobiliario. El Rey accede y se inicia así una primera revuelta aristocrática –que busca la complicidad del clero y la burguesía- y que pronto se verá superada por la verdadera revolución que hará

²²⁶ MÁIZ, Ramón., *op cit*, pág. 24.

cristalizar el nuevo orden de las relaciones sociales y económicas: la revolución burguesa de 1789 que liquidará definitivamente el Antiguo Régimen y que encumbrará en la cúspide del aparato político e institucional al *tercer estado*, al que confundirá deliberadamente con la Nación entera.

La intervención de Sieyès en este proceso está certeramente descrita por MÁIZ: “La convocatoria de los Estados Generales desencadenará la llamada ‘crisis de los panfletos’ (*crise des brochures*), cientos de miles de folletos saldrán a la luz pública con el fin de aportar deferentes visiones sobre objetivos y alcances de los Estados Generales. Entre los autores más celebrados encontraremos ya a algunos nombres que están llamados a adquirir singular protagonismo en la Revolución: Mounier, Robespierre, Volney, Mirabeau... Por su parte, durante el verano, otoño e invierno de 1788, Emmanuel Sieyès, con cuarenta años de edad, y habiendo madurado durante mucho tiempo una original teoría normativa de la Revolución, se retirará al campo, donde sin solución de continuidad, redactará sus tres primeros y justamente célebres escritos que alcanzará a ver la luz: *Ideas sobre los medios de actuación de que podrán disponer los representantes de Francia en 1789*, *Ensayo sobre los privilegios* y, finalmente el texto que lo catapultaría a la fama: *Qué es el Tercer Estado?*. El impacto en el público –“Existe, pues, un hombre en Francia”, exclamará Mirabeau- es extraordinario e inmediato: *Ideas*... conocerá dos ediciones en los primeros meses de 1789, el *Ensayo* asimismo dos ediciones en algunas semanas y, finalmente, el *Tiers* venderá más de treinta mil ejemplares y cuatro ediciones, la tercera con ampliaciones sustanciales, en pocos meses. De todas ellas sin embargo, solo la cuarta edición de *Qué es el Tercer Estado?*, dejará de ser anónima, identificando finalmente en la portada el nombre de su autor: Emmanuel Joseph Sieyès.”²²⁷

Las peripecias vitales de nuestro autor desde ese momento, aun siendo realmente interesantes, escapan del objeto de nuestro trabajo; baste con decir, a modo de resumen, que su protagonismo será inversamente proporcional a la institucionalización de la Revolución; siendo capital su intervención en la destrucción de los Estados Generales y su sustitución por la Asamblea Nacional, se eclipsará su figura en el periodo del Terror (lo que seguramente le permitió seguir vivo) y reaparecerá como un breve canto del cisne para integrar el Directorio consular que

²²⁷ MÁIZ, R. *Op cit.*, pág 27

encumbra a Napoleón, retirándose definitivamente -tras la maniobras de éste- a un plácido retiro campestre en el que incluso ostentará –en contradicción con sus planteamientos ideales- el título de Conde. Exiliado en Bruselas durante 14 años como consecuencia de la restauración borbónica con Luis XVIII, regresa a Francia tras las revoluciones gloriosas de 1830 y morirá el 20 de junio de 1836, en medio del general olvido, sin reconciliarse ni con la Monarquía ni con la Iglesia. En su entierro, un amigo del exilio belga pronunció unas sentidas y significativas palabras: “Un lejano día de 1789, Sieyès declaró que el pretendido Tercer Estado, que no era, de hecho, nada, debía ser, de derecho, todo, la nación misma, el Estado entero. Esta declaración constituyó un descubrimiento tan poderoso, tan vasto en sus resultados, como el descubrimiento de las Américas, la imprenta o la máquina de vapor...”

El “descubrimiento” de Sieyès en realidad consta de dos procesos, en el primero destruye las bases del Antiguo Régimen y en el segundo levanta los pilares del nuevo orden social y político.

La destrucción de los fundamentos del Antiguo Régimen se consuma con tres argumentaciones capitales:

- a) El concepto de Poder Constituyente. En la primera revolución aristocrática, los nobles invocan la constitución histórica de Francia, residenciando la soberanía de la nación en los Estados Generales, cuya convocatoria exigen. Con este razonamiento tratan de eludir la obligación de pagar impuestos al controlar, de facto y junto con el clero, la voluntad de la cámara tradicional, único sujeto al que reconocen la capacidad de imponer cargas tributarias. Pues bien, Sieyès, no reconocerá a los Estados Generales más fuerza y entidad que la de un poder constituido, negando la vinculación con cualquier constitución histórica y situando el único poder omnímodo e incondicionado, “constituyente”, en la nación misma, cuya voluntad se sitúa por encima de los Estados Generales y de cualquier otro poder establecido, incluida la propia monarquía. En realidad, se trata de una construcción teórica frente a los argumentos manejados por los privilegiados; “frente a la tradición y a la historia –entendidas éstas en cualquier sentido y cualquier finalidad-, la absoluta libertad de creación de

la voluntad común general”.²²⁸ Ello supone no sólo la ruptura con la legitimidad de los Estados Generales sino también con la propia monarquía legitimada por estos.

- b) La abolición racional de los privilegios. Que es, a la vez, causa y consecuencia de la construcción del concepto de poder constituyente. Cuando fue nombrado representante del Clero en los Estados de Bretaña, vivió personalmente la desigualdad formal y material del mundo del Privilegio en el seno de las Instituciones de la Monarquía absoluta²²⁹. Como nos recuerda MÁIZ: “La Asamblea de Bretaña, integrada por mil trescientos nobles, frente a cincuenta miembros del tercer Estado y alguno más del clero, supondrá para el joven Sieyès el nacimiento de una profunda indignación contra la opresión del Tercer Estado por parte de la nobleza”.²³⁰ El mismo autor nos describe con precisión las consecuencias lógicas de la destrucción del privilegio: “...la reflexión sobre lo insostenible del sistema del privilegio, frente a lo que se presenta como superior desde el punto de vista normativo e inexorable para el futuro inmediato. La igualdad del derecho –los ciudadanos libres e iguales viviendo bajo la protección de la ley- se dobla con una reflexión sobre el alternativo vocabulario que precisa el nuevo orden revolucionario, mediante una larga serie de oposiciones binarias: *ciudadano/ privilegiado, igualdad/*

²²⁸ LORENTE, Marta y VÁZQUEZ, Lidia. - *Introducción a “¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios: de Emmanuel Sieyès*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pág 27.

²²⁹ SIEYÈS, Emmanuel. *Ensayo sobre los Privilegios*. Primera Edición Cibernética 2005; (http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/privilegios/privilegios.html): “Una larga servidumbre de las conciencias ha introducido los más deplorables prejuicios. El pueblo cree, casi de buena fe, que no tiene derecho más que a lo que está expresamente permitido por la ley. Parece ignorar que la libertad es anterior a toda sociedad, a todo legislador, y que los hombres no se han asociado más que para poner sus derechos a cubierto de los atentados de los malos y para entregarse, al abrigo de esta seguridad, a un desarrollo más amplio, más enérgico y más fecundo en el goce de sus facultades morales y físicas. El legislador ha sido establecido no para conceder, sino para proteger nuestros derechos. Si a veces limita nuestra libertad, lo hace en virtud de aquellos de nuestros actos que resulten perjudiciales a la sociedad, y, por tanto, la libertad civil se extiende a todo aquello que la ley no prohíbe. Con la ayuda de estos principios elementales podemos juzgar los privilegios. Los que tienen por objeto una dispensa de la ley no pueden sostenerse, porque toda ley, como ya hemos indicado, dice, directa o indirectamente: No hagas daño a tu prójimo, y ellos supondrían algo así como decir a los privilegiados: Se os permite hacer daño al prójimo. No hay poder al que le sea dado hacer tal concesión. Si la ley es buena, debe obligar a todo el mundo, y si es mala, es preciso destruirla, porque supone un atentado contra la libertad. Igualmente, no se puede conceder a una persona el derecho exclusivo a alguna cosa que no esté prohibida por la ley, puesto que supondría tanto como arrebatar a los ciudadanos una porción de su libertad. Todo lo que no está prohibido por la ley -como ya hemos indicado- es del dominio de la libertad civil y pertenece a todo el mundo. Conceder a alguno un privilegio exclusivo sobre lo que pertenece a todo el mundo sería hacer daño a todos en beneficio de uno solo, lo que representa a la vez la idea de la injusticia y de la más absurda sinrazón. Todos los privilegios son, pues, por su propia naturaleza, injustos, odiosos, y están en contradicción con el fin supremo de toda sociedad política.”

²³⁰ MÁIZ, R. Op cit., pág 23

desigualdad, *trabajo*/ mendicidad, *derecho*/ privilegio, *razón*/ prejuicio...”²³¹

El propio Sieyès lo expresa de forma precisa: “Con un poco más de discernimiento, el gobierno vería que una sociedad sólo necesita de ciudadanos que vivan y actúen bajo la protección de la ley y una autoridad tutelar encargada de velar y proteger. La única jerarquía necesaria, como ya dijimos, se establece entre los agentes de la soberanía; sólo en ese caso se necesita un escalonamiento de poderes y se manifiestan las auténticas relaciones de inferior a superior, porque la máquina pública sólo puede funcionar gracias a esa relación. Fuera de ella, sólo quedan ciudadanos iguales ante la ley, todos dependientes, no unos de otros, lo que supondría una servidumbre inútil, sino de la autoridad que los protege, los juzga, los defiende, etc...”²³² Como vemos, la estructura conceptual e institucional para una relación jurídica bilateral de los derechos, está servida.

- c) La abolición del mandato imperativo. Si bien es un lugar común afirmar que Sieyès elaboró su teoría del poder constituyente sobre las bases conceptuales de la voluntad general de Rousseau (como es lógico en todos los publicistas de 1789), lo cierto es que, como señalan Marta LORENTE y Lidia VÁZQUEZ, “Rousseau se convirtió para Sieyès en un punto de partida y, al mismo tiempo, en un obstáculo. Al reflexionar sobre el contrato social de los franceses en 1789, articula las piezas constitucionales necesarias para juridificar una revolución que es una ruptura con el derecho. La voluntad general de Rousseau cede sus características a la común de Sieyès –soberana, indivisible, inalienable-. Sieyès se limitó a construir el mecanismo que era necesario para que en ésta se manifestase la distinción entre poder constituyente y poder constituido, magistral aportación a la teoría del contrato social. Ahora bien, al facilitar las herramientas que llevarán a la práctica los principios del contrato, Sieyès, abandonará a Rousseau en una cuestión capital: la creación del sistema representativo”.²³³ El paso es evidente y consecuencia necesaria de las premisas anteriores pues, diluidos los órdenes

²³¹ MÁIZ, R. Op cit., pág 30

²³² SIEYÈS, J.E. *Ensayo sobre los privilegios*. Alianza Editorial, Madrid, 2015, Pág 67

²³³ LORENTE, Marta y VÁZQUEZ, Lidia., *Op cit.*, págs. 27-28

intermedios y destruida la fundamentación multilateral del poder, carece de sentido la elección de “mandatarios” de intereses particulares, levantándose como único sistema lógico y coherente la elección de “representantes” del todo el cosmos social en el microcosmos parlamentario, cuya finalidad ya no será la de legitimar un contrato entre estamentos, sino la de expresar la decisión de la nación en relación con todos sus integrantes, sus ciudadanos.

Y en el subsiguiente proceso de levantar el nuevo orden, el pilar central y básico será la identificación de la nación con el Tercer Estado, con quien se acabará confundiendo. Son ya premonitorias y a la vez definitivas las tres preguntas con las que da comienzo a su obra más famosa:

“El plan de este escrito es bastante simple. Debemos plantearnos tres preguntas:

1º.- ¿Qué el Tercer Estado? Todo

2º.- ¿Qué ha sido hasta hoy en el orden político? Nada.

3º.- ¿Qué pide ser? Llegar a ser algo.”²³⁴

Como se puede apreciar, en realidad la verdadera importancia no se centra tanto en las preguntas como en las respuestas y, lo cierto es que la tercera de éstas no es más que una finta retórica para no formular expresamente la verdadera contestación, que es la misma que la primera²³⁵. Como afirma MÁIZ: “En ¿Qué es el Tercer Estado?, el abate teje minuciosamente un discurso a la vez de exclusión y de origen. Aquí encontramos, ante todo, una sistemática y profunda exposición de su pensamiento político: el doble concepto de Nación en el estado de naturaleza –como el conjunto de los franceses que trabajan (el Tercer Estado)- y en el Estado nacional –como conjunto de ciudadanos bajo una ley y una representación comunes-; el concepto de soberanía como poder constituyente; la exclusión fundacional de la nobleza y su no-lugar en la Nación; el concepto de representación y sus

²³⁴ SIEYÈS, J.E. *Ensayo sobre los privilegios*. Alianza Editorial, Madrid, 2015, Pág 67

²³⁵ Concluye más adelante: “El tercer estado abarca todo lo que pertenece a la nación; y todo lo que no es el tercer estado no puede considerarse como parte integrante de la nación. En definitiva, ¿qué es el tercer estado? TODO” SIEYÈS, E.; *Op. Cit.* Pág 8.

consecuencias institucionales; el rechazo al modelo inglés de bicameralismo en favor de una Asamblea única de iguales, etc.”²³⁶

La relación del ciudadano con la comunidad política y social se producirá exclusivamente a través del Estado, personificación de la Nación, integrada, a su vez, por el Tercer Estado. Algunas reflexiones de Sieyès son significativas a estos efectos.

“El Tercero puede considerarse bajo dos aspectos: bajo el primero, se considera un *orden*; acepta, en ese caso, no acabar por completo con los perjuicios de la antigua barbarie; distingue otros dos órdenes en el Estado, sin atribuirles más influencia que la que pueda conciliarse con la naturaleza de las cosas; teniendo con ellos todos los miramientos posibles, consistiendo en dudar de sus derechos, hasta la decisión del juez supremo. Bajo el segundo aspecto, él es la *nación*. En calidad de tal, sus representantes forman toda la Asamblea Nacional; tienen todos los poderes. Puesto que son los únicos depositarios de la voluntad general, no necesitan consultar a sus comitentes sobre una distensión que no existe.”²³⁷ No es necesario decir que el abate sólo concibe al Tercer Estado en el segundo de los aspectos.

El régimen de relación bilateral entre el ciudadano y el Estado, cuya voluntad se manifiesta en la ley como protectora de los derechos individuales, se pone negro sobre blanco en la misma obra: “La ley no acuerda nada, protege lo que existe, hasta el momento en que empieza a perjudicar al interés común. Esos son los únicos límites de la libertad individual. Me imagino la ley en el centro de un inmenso globo; todos los ciudadanos, sin excepción, están a la misma distancia en la circunferencia y ocupan puestos idénticos; todos dependen por igual de la ley, todos le piden protección para su libertad y su propiedad; y es lo que yo llamo los derechos comunes de los ciudadanos, lo que nos hace a todos semejantes. Todos esos individuos se relacionan entre sí, se comprometen, negocian siempre bajo la garantía común de la ley. Si en ese movimiento general alguien quiere dominar a la persona de su vecino, o usurpar su propiedad, la ley común reprime ese atentado, y vuelve a colocar a todo el mundo en el lugar que le corresponde. Pero no impide que cada uno viva según sus facultades naturales y adquiridas (...) La ley, al proteger los

²³⁶ MÁIZ, R. Op cit., pág 31

²³⁷ SIEYÈS, J.E. *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza Editorial, Madrid, 2015, Pág 67

derechos comunes de todo ciudadano, protege a cada ciudadano y su propia potencialidad hasta que comience a perjudicar al interés común”.²³⁸

B.- Los *Cahiers de doléances*

Sieyès es sin duda el personaje más relevante que precede a la expresión del nuevo tiempo que sustituye las estructuras del Antiguo Régimen, pero, como en todo proceso histórico, no parte de la nada, su originalidad no es exclusiva, sino que se nutre de un cuerpo de doctrinas, sentimientos y reivindicaciones que se venían fraguando desde los movimientos ilustrados y que se expresan de forma asistemática en multitud de manifestaciones, muchas de las cuales toman cuerpo con la convocatoria de los Estados Generales y el paralelo requerimiento del monarca para que los franceses expresen sus demandas y opiniones a la Cámara convocada. Destacan sobradamente en este aspecto los cuadernos de quejas o reivindicaciones, formulados por miembros de los tres estados, normalmente articulados a través de las estados y parlamentos provinciales –aunque no necesariamente- y en muchos de los cuales se bosquejan líneas argumentales y de pensamiento que se fundirían magistralmente en las obras revolucionarias del abate.

Como señala PECES-BARBA, “Ya en los *Cahiers de Doléances* está muy presente la idea de los derechos del hombre. En realidad, en los *Cahiers* se condensará toda la problemática que veremos aparecer con la Revolución y que acabará con el Antiguo Régimen. Tocqueville, una vez más con su lucidez habitual, señalará el fenómeno.

*...Leo atentamente los cuadernos que establecieron los tres órdenes antes de reunirse en 1789; digo los tres órdenes, el de la nobleza, el clero y también el del tercer estado. Veo que aquí se reclama el cambio de una ley, ahí de un uso, y tomo nota. Continuo así hasta el final este inmenso trabajo, y cuando reúno juntos todos estos deseos particulares, me doy cuenta con terror de que lo que se reclama es la abolición simultánea y sistemáticas de todas las leyes y de todos los usos vigentes en el país...”*²³⁹

²³⁸ SIEYÈS, J.E. *¿Qué es el Tercer Estado?* Alianza Editorial, Madrid, 2015, Págs 171-172

²³⁹ PECES-BARBA, G y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Tránsito a la modernidad. Siglo XVIII, Vol III. Dykinson, Madrid, 1998.págs 178-179

Veamos algunos ejemplos de los cuadernos formulados por representantes del Tercer Estado en los que se plantean peticiones que incorporan conceptos como el poder constituyente, nación y otros teorizados por Sieyès. Así, el Cuaderno de Quejas del Tercer Estado de la Bailía de NANCY²⁴⁰, en su punto 4 manifiesta que: *El objeto del que deben ocuparse esencialmente y en primer lugar, es el de asegurarse para Francia una Constitución buena y sólida, que fije para siempre y de la forma más clara posible los derechos del Trono y los de la Nación.* Pidiendo en el punto 7 que: *Se reconocerá solamente que la Nación es la única que tiene derecho a crear impuestos, es decir, a conceder o rehusar subsidios y reglamentar cuál será su montante, su uso y reparto y su duración.*

En el *Cahier des pouvoirs, intructions, plaintes et doléances de l'assemblée du tiers état de la ville de VALOGNES*, se afirma: *“Que la autoridad soberana no puede ejercerse en materia de impuestos sin el consentimiento de la nación...”*, añadiendo que *“Cada ciudadanos francés es personalmente libre y franco bajo la protección del rey y la salvaguarda de las leyes, de manera que todo atentado a su libertad individual o la seguridad de los propietarios, que no sea por aplicación de ley y con la intervención de los tribunales ordinarios, es ilícito e inconstitucional”*.

En el *Cahier des doléances et petitions des comunes de la ville de SAINT-ESPRIT*, se cuestiona la forma de votación por órdenes en los últimos Estados Generales celebrados (en 1561) y se afirma que ese sistema *sólo puede producir frutos funestos, como prueba la experiencia del pasado*, de forma que se considera que *“los derechos del Rey y los derechos de los súbditos no se encuentran asegurados por ninguna constitución”*, resultando que *el pueblo ha perdido su derecho a establecer los impuestos y a consentir las leyes*. Se constata que *el Clero y la Nobleza no contribuyen en nada a la carga impositiva que recae sobre el orden más necesitado, el Tercero*. También se recrimina que *la Nación carece de libertad de prensa, que es el medio más seguro para difundir las luces, manifestar la verdad, superar los vicios y descubrir las conspiraciones tenebrosas*. Se proclama que *la Nación reclama la reforma de las leyes y el establecimiento de un Código Civil y Criminal digno*. En el Cuaderno se exige en consecuencia que en los Estados Generales *se delibere por individuos y no por órdenes* (afirmando que así se seguirá

²⁴⁰ <http://historiae-contemporanea.blogspot.com.es/2013/11/cuadernos-de-quejas.html>

la forma antigua y constitucional) y que se adopte *una Constitución que establezca invariablemente los derechos del Rey y los derechos de los súbditos, así como la obligación de que todos los órdenes contribuyan a las cargas públicas, según su fortuna y la supresión de las justicias señoriales.*

En el *Cahier des plaintes et doléances de la communauté de POULX* se exige a los diputados mandatarios que pidan en los Estados Generales *el reparto igual de impuestos entre todos los que tenga propiedades y la abolición de todas las inmunidades y excepciones de que gozan el Clero y la Nobleza; que se ponga fin a la imprescriptibilidad de los derechos feudales.* Con un notable sentido jurídico se reclama también que para los nuevos impuestos y tasas se fije con toda precisión *los derechos que deben ser percibidos por cada acto sujeto a gravamen, de manera que todos puedan conocer, sin depender de una interpretación dudosa y arbitraria, qué es lo que se debe pagar por cada acto o contrato.* En la misma línea se pide que los códigos civil y criminal sean reformados de manera que las leyes no sean nunca más una ciencia abstracta y arbitraria, sino que todos los ciudadanos puedan conocer sus derechos y obligaciones. Se exige asimismo la supresión de las justicias señoriales, así como todos los peajes establecidos por el paso de caminos y ríos y que las aduanas se sitúen únicamente en las fronteras del Estado.

En el *Cahier du Tiers Etat de MONTEBOURG*, se pide el igual reparto de los impuestos y la extinción de los privilegios pecuniarios, tanto del clero como de la nobleza, así como el reparto de todos los bienes que se encuentren en “manos muertas”; se solicita asimismo la pronta reforma de la Administración de Justicia con la creación de tribunales que juzguen con equidad tanto a los ricos como a los pobres.

En el *Cahier de Doléances de la paroisse de ROIVILLE-EN-CAUX*, se hacen curiosas reflexiones sobre la falta de justificación de los privilegios existentes a favor de la nobleza y el clero, y así, entre otras cosas, se afirma que “en nuestros días toda la diferencia que existe dentro de nuestros ejércitos entre el noble y el plebeyo es que mientras que el primero siempre saca del servicio provecho y honor, el otro solo lucha por un trozo de pan negro, casi sin gloria”. Se propone, para subvenir a las necesidades del Estado, el establecimiento de un solo tributo, que se aplicará con carácter igual tanto sobre la propiedad de las tierras como sobre la propiedad en

general, poniendo fin a la multiplicidad de tributos existentes, *cuyos nombres son tan bárbaros como los corazones de quienes los han creado*.

Y en varios de los *Cahiers* se encuentra ya la necesidad de la formulación de una Declaración. Así en el de BEAUCAIRE, se habla de una “*Declaración de todos los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y del ciudadano*” y el título II del Cahier de RENNES se denomina precisamente como “Declaración de derechos y Constitución”.²⁴¹

Como vemos, en los *Cahiers* se alumbran ya esbozados –y en algunos casos, someramente desarrollados- conceptos propios del Estado liberal de derecho, así como la invocación de algunos derechos fundamentales que exigen el reconocimiento, protección y garantía de un solo poder general, la Nación, en la que se disuelven los órdenes intermedios preexistentes y la multitud de relaciones, jurisdicciones, privilegios e imposiciones consecuencia de los mismos. En este sentido, aparecen ya claramente formulados los principios de seguridad jurídica, de legalidad penal e impositiva, de progresividad fiscal, así como los derechos de libertad personal, de libertad de prensa o de tutela judicial, entre otros. Derechos que no pueden ejercerse frente a las jurisdicciones señoriales y que requieren un nuevo y único sujeto pasivo: el Estado.

C.- El periodo de la Asamblea Constituyente.

El proceso y los acontecimientos históricos que dan lugar a la transformación de los Estados Generales en Asamblea Constituyente son bien conocidos. De forma breve recordaremos.

Convocados los Estados Generales, más de 1.200 diputados de los tres estados se reunieron en Versalles en abril de 1789. Por parte del monarca y su gobierno se pretendía que el funcionamiento de los Estados se ajustase a la regulación tradicional de forma que las decisiones se adoptasen mediante el sistema de votación por estados, que garantizaba el triunfo de la unión del clero y la aristocracia frente a la burguesía.

²⁴¹ PECES-BARBA, G y FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II: Tránsito a la modernidad. Siglo XVIII, Vol III. Dykinson, Madrid, 1998.pág. 181

Peter Mc PHEE describe los inicios del proceso de forma gráfica: “una vez en Versalles, el primer y segundo habrían de vestir el atuendo apropiado a su rango particular dentro del orden al que pertenecían, mientras que el tercer estado vestiría uniformemente trajes, calzas y capas de tela negra: en palabras de un doctor inglés que a la sazón vivía en París, *peor incluso que la clase más baja de togados en las universidades inglesas*. (...) Dejando constancia de su estatus inferior en la jerarquía de aquella sociedad corporativa desde la misma inauguración de los Estados Generales, aquellos hombres mayoritariamente de provincias y acaudalados, no tardaron en mostrar una actitud común. Se trataba de una solidaridad que, al cabo de seis semanas, había de alentarles en la organización de un desafío revolucionario al absolutismo y a los privilegios. El resultado inmediato fue el de los procedimientos de votación: mientras que los diputados del tercer estado se negaban a votar por separado, la nobleza abogaba por ello (por 188 votos a 46) al igual que el clero, por un estrecho margen de votos (134 a 114). Por último, la aquiescencia de Luis a la demanda de la nobleza de la votación se efectuase en tres cámaras separadas agravó el ultraje de los diputados burgueses. Sin embargo, se vieron alentados en sus demandas por disidentes de los órdenes privilegiados. El 13 de junio tres sacerdotes de Poitou se unieron al tercer estado, seguidos de otros seis al día siguiente.

El día 17 los diputados del tercer estado insistieron en sus pretensiones y proclamaron que la interpretación y presentación de la voluntad general les pertenecía a ellos...El nombre de la Asamblea Nacional es el único adecuado...Tres días más tarde, tras ser excluidos de la sala de sesiones por cierre, los diputados se trasladaron a un local interior próximo, el trinquete del Juego de Pelota, y, bajo la presidencia del astrónomo Jean-Sylvian Bailly, juraron su inamovible resolución de continuar con sus deliberaciones donde fuera necesario:

Habiendo sido convocada la Asamblea Nacional para elaborar la constitución del reino, regenerar el orden público y mantener los verdaderos principios de la monarquía, nada podrá impedir que continúe sus deliberaciones en cualquier emplazamiento en el que se vea obligada a establecerse y por último, en cualquier sitio donde se reúnan sus miembros, estos constituirán la Asamblea Nacional.

Queda decidido que todos los miembros de esta Asamblea pronunciarán ahora el solemne juramento de no separarse nunca, y de reunirse cada vez que las circunstancias lo exijan, hasta que se haya elaborado la constitución del reino y consolidado en una base firme, y que una vez efectuado el mencionado juramento, cada uno de los miembros ratificará esta inquebrantable resolución con su firma."²⁴²

En este pasaje se encuentra el verdadero punto de ruptura con el antiguo régimen; constituye lo que PECES–BARBA denominará el hecho fundante básico como sustrato fáctico de la norma fundamental, es decir, el elemento de fuerza que se engarza desde su primera formulación con el derecho para alumbrarlo y sostenerlo, con capacidad suficiente para sobresalir sobre las resistencias internas y afrontar victorioso las presiones externas, actualizando de forma concreta la vieja definición de Bodin sobre la soberanía como el *poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular (...) sin consentimiento de superior, igual o inferior*.²⁴³

El hecho fundante se materializa, tras esta declaración, cuando los diputados integrantes de esta Asamblea demuestran su capacidad de hacer frente de forma eficaz a la reacción del monarca y afirman su existencia propia e independiente. En la pugna contra las presiones de la realeza y la aristocracia, los diputados del tercero resultarán triunfantes por su propia determinación y, sobre todo, gracias al apoyo de la clase obrera de París, que iniciará un movimiento de reacción y de lucha que concluirá con el acontecimiento de la toma de la Bastilla, punto de no retorno de la fase inicial de la Revolución

Seguimos de nuevo a McPHEE en su brillante descripción del proceso: "El 23 de junio, Luis trató de suavizar aquel desafío proponiendo una modesta reforma contributiva que mantenía un sistema de órdenes separado sin alterar los señoríos. No obstante, el tercer estado se mantuvo inamovible y su resolución se vio reforzada por la llegada a la Asamblea, dos días después, de cuarenta y siete nobles liberales conducidos por el primo de Luis, el duque de Orleáns. El 27 de junio Luis pareció capitular y ordenó a los diputados que quedaban que se uniesen a sus colegas de la

²⁴² McPHEE, Peter, *La Revolución Francesa. 1789-1799*. Ed Crítica. Barcelona, 2003. págs. 65-66

²⁴³ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992; pág 74

Asamblea. Sin embargo, a pesar de su aparente victoria, los diputados burgueses y sus aliados no tardaron en ser desafiados por un contraataque de la corte. París, a 18 kilómetros de Versalles y crisol del entusiasmo revolucionario, fue sitiado por 20.000 mercenarios y, en un acto de desafío simbólico, Luis destituyó a Necker, el único ministro que no procedía de la nobleza, el 11 de julio.

Los miembros de la Asamblea se salvaron de una destitución sumaria gracias a la acción colectiva de la clase obrera parisina. A pesar de que les estaba vetado por sexo o pobreza participar en la formulación de los cuadernos o en la elección de los diputados, desde el mes de abril, la canalla había demostrado su convicción de que la revuelta de los diputados burgueses se hacía en nombre del pueblo. (...) Durante los cuatro días posteriores al 12 de julio, cuarenta de las cincuenta y cuatro aduanas que circundaban París fueron destruidas. La abadía de Saint-Lazare fue registrada en busca de armas; las sospechas del pueblo de que la nobleza trataba de doblegarlo mediante el hambre quedaron confirmadas cuando se descubrieron reservas de trigo allí almacenadas. Los insurrectos se apoderaron de las armas y munición que había en las armerías y en el hospital militar de los Inválidos. El objetivo final era la fortaleza de la Bastilla, sita en el *faubourg* de St-Antoine, porque disponía de existencias de armas y pólvora y porque esta poderosa fortaleza dominaba los barrios populares del este de París. Además, era también un imponente símbolo de la autoridad arbitraria de la monarquía. El 14 de julio, unos 8.000 parisinos armados pusieron sitio a la fortaleza; el gobernador, el marqués de Launay, no quiso rendirse y, viendo que la multitud se abría camino a la fuerza hacia el patio, ordenó a sus 100 soldados que disparasen a la turba, con un saldo de 98 muertos y 73 heridos. Solo accedió a la rendición cuando dos destacamentos de Gardes Françaises se unieron a los sublevados y situaron su cañón frente a la entrada principal (...)²⁴⁴

Todo ello tal vez no obedeció a una voluntad consciente de la masa, sino a una mera reacción, pues como señala Annah ARENDT: “El Reinado del Terror –no se olvide- siguió a una época en que todas las acciones políticas habían caído bajo la influencia de las malhadadas cábalas y maquinaciones de Luis XVI. La violencia del terror fue, al menos hasta cierto punto, una reacción frente a la serie de juramentos rotos y de promesas no cumplidas que eran el equivalente político

²⁴⁴ McPHEE, Peter. *Op. Cit.* Págs 66-68

perfecto de las intrigas inmemoriales de la sociedad cortesana, con la diferencia de que estas costumbres corrompidas, que Luis XIV supo todavía mantener al margen del estilo general con que el rey conducía los negocios del Estado, ahora alcanzaban también al rey”.²⁴⁵

La triunfal toma de la Bastilla el 14 de julio tuvo importantes consecuencias revolucionarias. En términos políticos salvó a la Asamblea Nacional y legitimó un brusco cambio de poder”.²⁴⁶ Inició asimismo un proceso de destrucción simbólica del Antiguo Régimen, afianzada con la abolición de los derechos feudales en la noche del 4 de agosto y que finalizará con la destrucción física de su símbolo máximo. Como describe Luis GONZÁLEZ SEARA: “La luz auroral de la toma de la Bastilla, más simbólica que cruenta, a pesar de la enorme literatura sobre el tema, se va a teñir después con la sangre del regicidio, también simbólico, pero cargado de una violencia nueva”.²⁴⁷

En efecto, el hecho fundante básico del nuevo poder, el de la Asamblea, se había producido y confería a la cámara la legitimación sociológica y la capacidad efectiva de dotarse de una nueva norma fundamental, iniciando en consecuencia los trabajos para la elaboración de una nueva constitución, ya bajo la forma de Asamblea Constituyente. Siendo éste, sin duda el hecho institucional de mayor relevancia en este período, nos interesa sin embargo al objeto de nuestro estudio, una dimensión interna del mismo, que hará referencia a la forma en que se articula ese nuevo poder y, en concreto, a la manera en que se va a relacionar con los individuos, que ya serán ciudadanos y no súbditos. Esta construcción interna de la nueva legitimidad se articulará en la primera gran obra legislativa de la Asamblea, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, que conscientemente se antepone a la propia constitución, y en la que se configura de forma precisa y circunstanciada la enumeración de los derechos que articularán jurídicamente una relación bilateral directa entre el ciudadano y el poder. Relación bilateral porque, una vez desintegrados los órdenes intermedios, estos serán los dos únicos sujetos de la relación, el ciudadano como sujeto activo y el Estado como sujeto pasivo al encarnar en exclusiva la representación política y global de todo el cuerpo social, proceso que

²⁴⁵ ARENDT, Annah. *Sobre la Revolución*. Alianza Editorial, Madrid, 1988. Pág 104

²⁴⁶ McPHEE, Peter. *Op. Cit.* Pág. 68

²⁴⁷ GONZÁLEZ SEARA, Luis. *El Poder y la Palabra. Idea del Estado y vida política en la cultura europea*. Ed. Tecnos. Madrid, 1995. Pág 706

concluirá de forma simbólica con la destitución y muerte en la guillotina del monarca. Recuérdese que el 17 de julio, tras reunirse en el Juego de Pelota, los que por entonces sólo eran representantes del tercer estado, se autoproclaman representantes de toda la sociedad, decidiendo en consecuencia que para su formación “el nombre de la Asamblea Nacional es el único adecuado”, predicado nominal que habría de entenderse no sólo en términos inclusivos sino también excluyentes, de forma tal que a partir de ese momento ningún otro cuerpo, estamento o individuo podrá atribuirse tal representación.

Además de bilateral, la relación será directa, porque será el propio poder estatal el que la constituya y defina, imponiéndose a sí mismo el cumplimiento de las obligaciones que de ella se derivan, mediante una autolimitación que constituye una de las paradojas de los derechos certeramente descritas entre nosotros por Rafael DE ASÍS.²⁴⁸ Los revolucionarios norteamericanos, como veremos más adelante, sí se preocuparon de establecer limitaciones formales y materiales a los nuevos detentadores del poder político, pero los constituyentes franceses, quizá deslumbrados aún por la destrucción de las antiguas estructuras de poder –menos espectacular en el caso americano- se limitan a la definición de una relación jurídica directa entre el ciudadano y la nación, en la suposición implícita de que la nación no es, a la postre, más que la representación de todos los ciudadanos, con los que se confunde idealmente. Esta confusión se había expresado de forma gráfica en el artículo 5 de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, como meremos más adelante.²⁴⁹ Siguiendo las modernas figuras de relación contractual, podríamos decir que se articula una especie de auto-contratación.

Recientemente, BAUMAN, ofrece una explicación sociológica interesante del proceso: “Puede decirse que la lucha por los derechos personales estaba animada por el deseo de quienes ya eran afortunados o esperaban serlo en la próxima vez para poder conservar los dones de su buena suerte sin tener que recurrir a esfuerzos costosos y engorrosos, pero sobre todo poco fiables e infructuosos para

²⁴⁸ ASÍS ROGIG, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Ed Dykinson. Madrid, 2000

²⁴⁹ “Que los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial; que a los miembros de los dos primeros les sea evitado el ejercicio de la opresión a base de hacerles sentir las cargas del pueblo y de hacerles participar en ellas; para ello debieran, en períodos fijados, ser reducidos a un estado civil, devueltos a ese cuerpo del que originalmente fueron sacados; y que las vacantes se cubran por medio de elecciones frecuentes, fijas y periódicas, en las cuales, todos, o cualquier parte de los exmiembros, sean de vuelta elegibles, o inelegibles, según dicten las leyes”

caer en gracia al soberano y conservar los favores reales. Según Marshall, la demanda de derechos *políticos*, es decir, del derecho a desempeñar un papel sustancial en la creación de las leyes, fue en buena lógica el paso siguiente, pues una vez conquistados los derechos personales, era necesario defenderlos; de lo dicho, puede concluirse que los dos grupos de derechos, personales y políticos, solo podían ser reivindicados, conquistados y consolidados juntos; difícilmente podrían obtenerse y disfrutarse por separado. Entre ambos tipos de derechos parece existir una dependencia circular, similar a la que se da entre el huevo y la gallina. La protección de las personas y la seguridad de sus propiedades son condiciones indispensables para que éstas sean capaces de luchar con eficacia por el derecho a la participación política, pero no pueden contar con bases sólidas y razonablemente duraderas a menos que la forma de las leyes vinculantes dependa de sus beneficiarios”²⁵⁰

Y nosotros añadiríamos que los revolucionarios franceses no solo entendían que tal relación era necesaria, sino que consideraron que era suficiente para la garantía y protección de sus derechos.

Los hitos temporales que se viven en la Asamblea constituyente hasta la aprobación del texto de la Declaración han sido bien descritos entre nosotros por PECES-BARBA.²⁵¹ Tras una primera propuesta de Mounier, el 9 de julio, no bien acogida por el centrismo de su autor, se inicia el proceso de discusión y elaboración del texto que deberá superar tres obstáculos previos: de un lado el abandono del viejo paradigma del modelo inglés de pacto con el Antiguo Régimen y la decisión por un modelo rupturista, de otro la decisión de proclamar la Declaración antes de la aprobación de la Constitución, conforme a los planteamientos de Sieyès y, por último, el abandono de la idea de una previa Declaración de deberes, defendida por Target, el Abbé Gregoire y Mirabeau y que fue finalmente rechazada gracias a los planteamientos de Toulangeon en una votación por 570 votos contra 433.

El Pleno eligió el 13 de agosto una Comisión de cinco miembros (Desmeuniers, La Luzerne, Mirabeau, Tronche y Rhedon) que, tras el estudio de

²⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Tiempos líquidos*. Ed Tusquets. Ensayo, Barcelona, 2007. Págs 89-90

²⁵¹ PECES-BARBA, G, FERNÁNDEZ GARCÍA, E y DE ASÍS ROIG, Rafael., *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II, Vol III Tránsito a la modernidad. Siglo XVIII. Dykinson, Madrid, 1998. Págs 187-211

más de veinte proyectos, propone un texto que eleva al Pleno del 17 de agosto y que es discutido, junto con otras propuestas individuales o procedentes de otras comisiones, hasta el 19 de agosto. En este día, por 620 votos, es elegido como base para la elaboración de la Declaración el texto de la llamada Sexta Comisión, presidida por el Obispo de Nancy y formada por tres diputados de procedencia heterogénea, que se había inspirado en la propuesta de Sieyès. El texto, compuesto por 24 artículos, de los que sólo pasarán a la versión definitiva los artículos 12 a 16, fue redactado principalmente por el diputado del Tercer estado Anson, con intervenciones del Obispo de Nancy.

Iniciándose el 20 de agosto la aprobación del Preamble, se concluye el 27 de agosto con la aprobación del artículo 17, que será el último de la Declaración. Tras la aprobación por la Asamblea, se produce el último conflicto con los esquemas del Antiguo Régimen cuando el Rey, el 5 de octubre, intencionadamente procede a sancionar la Declaración consignando en la fórmula sancionatoria la reserva de que sí da su “accesión... a los diferentes artículos que me han presentado, y no es que todos representen indistintamente la idea de perfección...” La Asamblea no va a consentir ese intento de retención de soberanía e incluso se provoca que los ciudadanos de París invadan la sede de la Asamblea manifestando su protesta. Ante la presión popular, el Rey entrega a Mounier un texto en el que se limita a manifestar que: “Acepto pura y simplemente los artículos de la Constitución y de la Declaración de derechos del hombre que la Asamblea Nacional me ha presentado”. El poder del monarca como encarnación del sistema del Antiguo Régimen se ha perdido definitivamente en la noche de la historia y su vida, como último símbolo, se perderá también al poco tiempo. El ciclo inicial de la ruptura ha concluido.

Antes de abordar el estudio de la estructura jurídica de los derechos contenidos en la Declaración, hemos de analizar el recorrido que, desde planteamientos sociológicos y políticos distintos, se había seguido al otro lado del Atlántico, en las colonias norteamericanas, para llegar a un resultado similar.

1.2.- Norteamérica.

Aunque, prácticamente coetáneas, existen diferencias significativas entre la revolución francesa y la americana. En este sentido, afirma TOUCHARD, “La

revolución americana se realiza bajo el impulso de los hechos. Ni está precedida – como la revolución francesa- de una larga maduración ideológica, ni es el producto ni el crisol de doctrinas originales. Hasta el comienzo de la guerra el problema que domina los debates es el del impuesto: ¿puede imponer tributos un Parlamento en el que no se está representado? (no taxation without representation)”²⁵²

En efecto, en los revolucionarios americanos las cuestiones prácticas se ofrecen de forma más abierta que en los franceses; es cierto que en estos también el motor básico fue la obtención de ventajas concretas en el orden económico (inicialmente mediante la abolición de las desventajas) pero sus discursos se arrojan con apelación a derechos y a los principios trascendentes. En las colonias americanas, sólo se invocan los derechos naturales, los de los ciudadanos británicos y los privilegios coloniales, todo ellos se encajan en el marco conceptual del sistema británico y su constitución, como una cuestión administrativa. Franklin, exponente del utilitarismo americano, no construye un cuerpo de doctrina ideológica ni enumera grandes principios, se limita a proclamar la bondad de las virtudes burguesas más prosaicas, como la templanza, el silencio, la resolución, el orden, la economía, el trabajo e, incluso, la tranquilidad.

Sólo se apelará al derecho natural como causa de justificación en el momento en que, triunfante la rebelión, ésta es capaz de transformarse en revolución y alcanzar la independencia de la metrópolis, por lo que se hace necesario explicar y justificar este hecho rupturista ante los demás pueblos del mundo.

La Declaración de Independencia, redactada por Jefferson, “procede del deseo de justificar a las colonias sublevadas ante el tribunal de las naciones; presupone la validez eterna de la ley natural. Afirma que los hombres poseen ciertos derechos inalienables: la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.²⁵³

Dada la relevancia de las cuestiones fácticas en el inicio y desarrollo de la revolución americana, conviene realizar un somero análisis de los hechos que se sucedieron en su gestación. Seguiremos para ello la clara exposición realizada por Rafael DE ASÍS ROIG en el inicio del segundo tomo de la Historia de los Derechos

²⁵² TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Tomo II. Ed Círculo. Barcelona, 1990. Pág 86

²⁵³ TOUCHARD, Jean. *Historia de las ideas políticas*. Tomo II. Ed Círculo. Barcelona, 1990. Pág 88

Fundamentales coordinada por él mismo junto a Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández²⁵⁴, así como el documentado análisis sobre el contexto ideológico llevado a cabo por Ángela APARISI MIRALLES.²⁵⁵

A.-El proceso hacia la independencia.

Además de dar a luz un nuevo país, los Estados de Unidos de América -que devendría el más poderoso de futuro orden mundial-, el proceso hacia la independencia de las colonias británicas en Norteamérica, supuso un hito esencial en el discurrir histórico sobre la formación de los derechos fundamentales, dando lugar a un modelo distinto y complementario del alumbrado en la Revolución francesa, tanto en su fundamentación como en su expresión y protección, si bien básicamente similar en cuanto a los intereses que encarna y desarrolla.

En las colonias norteamericanas, en palabras de GARCÍA-PELAYO, “nos encontramos con una sociedad de origen inglés, pero característicamente americana, unida, a pesar de sus diversidades y antagonismos y de la independencia recíproca de cada colonia (pues el conjunto no formaba un cuerpo), por una serie de rasgos comunes, a saber:

- a) La ausencia de grupos aristocráticos y en general estamentales en su seno, estando en cambio llevadas hasta sus últimas consecuencias las relaciones de clase (incluso existía servidumbre temporal blanca)
- b) Por el general predominio de la lengua inglesa
- c) Por una homogeneidad en los principios e instituciones político-jurídicas de cada colonia y
- d) Por un orden jurídico de contenido y formas comunes, que hacía de las trece colonias países del *common law*.²⁵⁶

²⁵⁴ ASÍS ROIG, Rafael. “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*, coordinada por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís, Tomo II, Ed Dykinson, Madrid, 2001. Págs 39 a 113.

²⁵⁵ APARISI MIRALLES, Ángela. *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*. Centro de Estudios Constitucionales. BOE. Madrid, 1995.

²⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Ed. Alianza Universidad. Madrid, 1987. Pág 325-326.

Sobre la base sociológica del puritanismo, que constituía la religión principal de los primeros colonos, la dinámica participativa de las “Compañías por acciones”, la estructura jurídica y argumentativa del *common law* inglés como paradigma de la protección de las libertades individuales y el filtro rupturista del iusnaturalismo racionalista de Locke debidamente adaptado por Jefferson a las exigencias políticas prácticas del momento, se lanza al mundo con la declaración de independencia un nuevo orden discursivo que justifica y fundamenta el poder político en el respeto y garantía de los derechos de los individuos que integran la comunidad; en el bien entendido de que la consideración de individuo a estos efectos se reserva al propietario y contribuyente, condición que en todo caso, será más extendida y fácil de conseguir que en la Francia revolucionaria, por el propio sistema de ocupación y reparto de tierras seguido en la formación de las colonias americanas. Vayamos por parte.

Ante la escasez de fondos de la Corona británica se impulsa el proceso colonizador bajo la iniciativa privada mediante la constitución de Compañías mercantiles por acciones que logran aunar un gran capital merced a aportaciones individuales y que se articulan bajo el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los participantes. Como describe certeramente la profesora APARISI:

“La estructura interna de estas sociedades era profundamente democrática. El capital estaba dividido en acciones, y todo accionista se hallaba facultado para tomar parte en las reuniones trimestrales denominadas Asambleas generales. Asimismo, poseía derecho a voto para elegir a la junta directiva. Tenemos constancia de que en varias ocasiones los pequeños accionistas fueron capaces de derrocar al propio presidente de la Compañía y situar en su lugar a otro conforme a sus preferencias. Por ejemplo, en 1619, un grupo de accionistas cuya aportación era mínima, fueron capaces de derribar de la dirección a Sir Thomas Smith, tesorero y presidente. Su puesto fue ocupado por Sir Edward Sandys, jefe de la oposición en la Cámara de los Comunes, de ideas liberales y tolerante en materia religiosa”²⁵⁷

No cabe duda de que esta forma de acercarse a la posesión del nuevo mundo -distinta de la utilizada la monarquía hispánica bajo de la fórmula de las

²⁵⁷ APARISI MIRALLES, A. *op. cit.* Pag 33.

encomiendas y los virreyes con clara definición jerárquica del poder- configura ya una mentalidad respecto a la organización pública y política de raíz participativa e igualitaria, como ha apuntado Rafael DE ASÍS.²⁵⁸

Lo cierto es que los derechos ingleses sobre Norteamérica se dividieron entre dos grandes Compañías por acciones: la creada en Bristol llevaría a cabo la colonización de Virginia del Norte -luego Nueva Inglaterra- y la fundada en Londres se haría cargo de las regiones de la entonces conocida como Virginia del Sur y que posteriormente se denominarían Maryland y Carolina. Y así, los colonos que se asentaron en estas regiones ya contaban con la experiencia de un peculiar régimen de organización proporcionado por las propias Compañías.

Si Maryland (la tierra de María) fue el refugio de los católicos, Nueva Inglaterra fue la tierra del orgullo de los puritanos, utilizando los acertados calificativos de APARISI. A esta región del nordeste llegaron los primeros colonos, seguidores de esta corriente protestante, que para huir del conflicto que les enfrentaba con Jacobo I, negociaron con la Compañía de Bristol la financiación del viaje a cambio del monopolio para ésta durante seis años del comercio sobre los productos de la colonia, y así se embarcaron en el Mayflower en 1620 y con 102 personas a bordo. Durante la travesía -que extravió su ruta- los 41 padres de familia que se encontraban en la nave firmaron el conocido “Pacto del Mayflower” con el que no solo subsanaban la falta de títulos de dominio sobre las nuevas tierras por descubrir, sino que establecían solemnemente el origen de un gobierno autónomo, como reflejo de una concepción propia que hacía descansar la legitimación y el fundamento del poder público en un contrato y que aplicarían al desembarcar el 21 de diciembre de 1620 al norte del cabo Cod, en la bahía de Massachusttes, donde se instalaron e iniciaron una existencia llena de penurias y peligros que solo su desesperada determinación logró superar.

Como apunta APARISI MIRALLES: “Alrededor de este primer núcleo de peregrinos la colonia fue ampliándose. Se fundaron nuevas poblaciones y se estableció un comercio regular con las regiones vecinas, aunque la colonia nunca llegó a adquirir importancia económica. Dado que el asentamiento no se había

²⁵⁸ ASÍS ROIG, Rafael de. “El modelo americano de derechos fundamentales”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1990, pág. 42-43.

efectuado en tierras excesivamente fértiles, las nuevas generaciones las iban abandonando en busca de nuevos rendimientos. Este primer establecimiento desapareció como colonia independiente en 1621 al fusionarse con Massachusetts Bay”.²⁵⁹

Concluye la autora que la importancia de este primer asentamiento radica en dos aspectos esenciales para la futura evolución de la colonización: de un lado el régimen de libre distribución de tierras entre los colonos con criterios igualitarios, que será el sustrato sociológico de las bases de la igualdad política en el futuro y, de otro, la consideración del previo pacto del Mayflower como un temprano e influyente ejemplo de autonomía política régimen de democracia directa.

El puritanismo surgió dentro del calvinismo como una corriente de especial fuerza en Inglaterra que se caracterizó por su oposición a la Iglesia oficial anglicana y por negar al Estado cualquier intervención en la regulación del hecho religioso. Participaban pues los puritanos del común de los conceptos propios del calvinismo que, en cuanto a la organización política se refiere, postulaba la existencia de dos pactos como origen de la comunidad política: en primer lugar el “pactum unionis” que da lugar a la sociedad y, en segundo lugar el “pactum subjectionis”, que hace surgir el gobierno y que no solo sujeta a los ciudadanos a la autoridad, sino también a la autoridad al cumplimiento de los fines del pacto, de tal manera que si ésta no lo hace surge como legítimo el derecho de resistencia, si bien no ejercitable por todos los ciudadanos, sino tan solo por algunos magistrados cualificados (jueces o parlamentos) Esta concepción fue adecuadamente y teorizada por Théodore de BÈZE, discípulo de Calvino, y desplegó, sin duda, una significativa influencia en el proceso de articulación política de las colonias.²⁶⁰

Podríamos aventurar por nuestra parte que esta concepción calvinista del “pactum unionis” más el “pactum subjectionis” se plasmará posteriormente en el devenir de la proclamación de la Constitución de los Estados Unidos de América; primero, mediante el “pactum unionis” que se contiene en la Constitución de 1787 dando origen a una sociedad política independiente y diferenciada de la británica, y

²⁵⁹ APARISI MIRALLES, A. *Op Cit*, pág 41.

²⁶⁰ CARTIER, M.A. “Les idées politiques de Théodore Bèze”, en donde da cuenta de la obra de Bèze: “*Droits des Magistrats sur les sujets*” publicada en 1573. Citado por APARISI MIRALLES, A. *Op Cita*, pág 71.

después con las diez enmiendas debatidas en el Primer Congreso de los Estados Unidos y que, una vez ratificadas por los diez estados iniciales, fueron aprobadas el 15 de septiembre de 1791, conteniendo la Carta de Derechos propia de la nueva nación que determina el contenido del “pactum subjectionis” que el Gobierno federal se compromete a respetar. Las enmiendas que constituyen la Carta de Derechos actúan como “técnica específica de limitación del poder con finalidad de garantía”.²⁶¹

Asimismo, se puede rastrear en la doctrina calvinista el posterior surgimiento en el ámbito federal de la idea de que un juez –como magistrado especial- pueda desconocer un mandato ilegítimo, aunque se contenga en una ley, y dejar de aplicarlo sin necesidad de atribución constitucional expresa. No obstante, la influencia final del puritanismo en el proceso revolucionario se producirá tras una secularización de sus posturas radicales durante el siglo XVIII, como se pone de manifiesto en las obras de personajes relevantes como Otis, Dickinson, Thomas Jefferson y, muy especialmente, John Wise que, desde unos orígenes humildes, llegó a ejercer como pastor en la parroquia de Ipswich en Massachusetts, desde donde tuvo ocasión de enfrentarse a las autoridades cuando entendía que éstas había violado el “pactum subjectionis” como, cuando por ejemplo, el Gobernador de la provincia y su Consejo aprobaron un impuesto sin el consentimiento de la Asamblea, frente a lo Wise exclamó que:

“Ningún impuesto deberá gravar a los ciudadanos sin el consentimiento de la Asamblea, elegida por los propietarios para aprobarlos”.²⁶²

Los principios del iusnaturalismo racionalista jugarán asimismo un papel relevante en el proceso de la construcción política de las colonias y el posterior movimiento emancipador. En palabras de Rafael DE ASÍS: “...es de destacar la influencia de las ideas iusnaturalistas racionalistas, centradas sobre todo en la obra de autores como Pufendorf y más concretamente en Locke. Pero no solo se limita esta influencia a estos autores, sino que se puede afirmar que América recibe influencia de pensadores de toda Europa. Así, por ejemplo, de Inglaterra destacará la del mencionado Locke y más adelante la de Blackstone, pero de la Europa

²⁶¹ FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Traducción de M. Martínez Neira. Ed Trotta, Madrid, 1996. Pág 77.

²⁶² FELT, JB. *History of Ipswich, Essex and Hamilton*. Cambridge, 1834, Pág 124. Cotado por APARISI, Op cit. Pág 84

continental dejarán con el tiempo también su impronta Montesquieu, Voltaire, Burlamaqui y otros”.²⁶³ Todo ello sin olvidar la influencia rastreable de los autores de la escuela española de derecho natural a que hicimos referencia anteriormente.

En todo caso, es indudable la relevancia de influencia de Locke. Como es sabido, la doctrina de Locke se proyecta sobre dos aspectos nucleares: la existencia de unos derechos naturales inherentes al ser humano y el pacto como origen y legitimación del poder político. En esta segunda consideración coincide con el planteamiento de los puritanos, si bien dota de un contenido específico al “pactum subjectionis”, que no es otro que el respeto y garantía de los derechos naturales, porque precisamente para mantenerlos de forma estable y duradera, superando la incertidumbre del estado de naturaleza, el hombre entra en sociedad política entregando el poder al gobierno que se instituye. También hay una significativa diferencia con el pacto calvinista, pues si en éste Dios forma parte del mismo (como se deduce de su aplicación en el Pacto del Mayflower), en el contrato social de Locke, los hombres, libres e iguales en su estado de naturaleza, son los únicos participantes.

Dado que la finalidad del contrato social es la garantía de los derechos naturales, los súbditos podrán ejercitar el derecho de resistencia si el pacto se incumple y “como consecuencia de la quiebra del deber de obediencia ante la desviación del deber de Gobierno”.²⁶⁴

No obstante, como señala APARISI, lo cierto es que la doctrina de Locke sobre el derecho de resistencia hubo de ser forzada para justificar la rebelión de los colonos americanos. En efecto, si según el autor británico el derecho a la desobediencia quedaba justificado en los supuestos de conquista, usurpación ilegítima, tiranía o disolución del gobierno, era difícil encajar la situación de las colonias respecto a la metrópolis en alguno de estos ámbitos, como expresamente reconoció el abogado newyorquino Peter Van Schaack al fundamentar precisamente en la lectura de Locke su oposición a la Declaración de Independencia. Sería Jefferson, como luego veremos, quien elaboró el acomodo de las tesis lockeanas

²⁶³ ASIS ROIG, Rafael de: *Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución* en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001. Pág 59.

²⁶⁴ APARISI MIRALLES, A., citando a Locke “*Second Treatise on Civil Government*”. *Op Cit* Pág 114

para justificar el recurso a la fuerza en el caso concreto de las colonias de Norteamérica.

Por otro lado, la recepción de la doctrina de Locke en las colonias americanas se lleva a cabo en la concepción de los derechos naturales formando parte de los viejos derechos de los ingleses, de los que los colonos se consideraban igualmente titulares, como fruto de la lucha que, desde la Carta Magna, se había librado en Inglaterra frente al poder del monarca y que el “common law” destilado por los jueces habían definido y preservado históricamente,

Copias de los “Dos Tratados sobre el Gobierno Civil” se hallaron en 1701 en la biblioteca de Ralph Wormeley, hacendado de Virginia, en 1701, así como en el Harvard College y en el Yale College (1733) y en la biblioteca de New Jersey (1755); sus obras completas fueron incluidas en el catálogo de la biblioteca de Princeton en 1760. Se reconocieron ávidos lectores de sus teorías numerosos autores, agitadores, panfletistas y protagonistas del proceso revolucionario como Jonathan Mayhew, James Otis, Dickinson, John Winthrop, Simeon Howard y, por supuesto, Jefferson.²⁶⁵

Por encima de interpretaciones más o menos interesadas o forzadas sobre la aplicación de la doctrina de los derechos naturales de Locke a la fermentación y justificación del proceso revolucionario en Norteamérica, lo cierto es que la inserción del concepto de los derechos en el contenido de contrato social, dibuja de forma clara en la teoría una estructura de relación bilateral de los derechos fundamentales que será la que se proclame, ya de forma positiva, en las diez primeras enmiendas constitucionales que configuran el modelo norteamericano de derechos.

Como apunta Rafael DE ASÍS: “...no parece arriesgado afirmar que, en realidad, dicho proceso no es sino una materialización, una aplicación práctica de lo escrito por Locke. En efecto, e intentando esquematizar la explicación, la razón por la que las colonias se someten a una determinada autoridad, en este caso la del soberano británico, es la de que éste cumpla con su misión, esto es, la de asegurar las libertades y las propiedades -en definitiva, los derechos naturales- de los colonos. Por diversas circunstancias, los verdaderos titulares de los derechos y los

²⁶⁵ APARISI MIRALLES, A, Op. Cit, Pgs 125-129

que, en última instancia, y en todo momento, se reservan la capacidad de designar al poder al que se someten, consideran que el soberano británico deja de cumplir con la misión que le es propia. Ello justifica la decisión de retirarle, incluso por la fuerza, el poder que previamente se le ha otorgado.”²⁶⁶

La identificación de los colonos como sujeto activo de los derechos y del monarca como sujeto pasivo no parece descabellada.

Queda por último analizar la influencia del *common law*. Como sabemos se entiende por *common law* el derecho consuetudinario de Inglaterra en la forma en que los jueces lo han ido interpretando y aplicando históricamente. Su importancia radica en que, en determinadas ocasiones, sus principios y consecuencias se imponen sobre las determinaciones del derecho estatutario, ya provenga éste del monarca o del parlamento. Su valor descansa en la argumentación de las sentencias y decisiones que lo aplican, pues en ella se condensa la sabiduría del pensamiento jurídico inglés que, desde valores inmutables, se aplica con modulación y acierto a las concretas y cambiantes circunstancias de cada momento.²⁶⁷

Como señaló POCOCK, “...el *common law* era y había sido la única ley mediante la cual se había protegido la propiedad de la tierra y se había privado de su vida a los criminales... y por la cual se habían fijado la mayor parte de los derechos y obligaciones (de los ingleses)”.²⁶⁸

Los colonos entienden que el *common law* ha viajado con ellos a Norteamérica y que por lo tanto están tan amparados y protegido por él como los ingleses de la metrópolis. Desde luego, la influencia de este pensamiento, que hace las funciones de un Derecho natural particular es notable en las colonias y, especialmente, de uno de sus más relevantes exponentes, el Juez Sir Edward Coke -considerado el revitalizador de la Carta Magna- de manera que Thomas Jefferson en carta dirigida a James Madison le proporciona los criterios para la selección de

²⁶⁶ ASIS ROIG, Rafael de: “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001. Pág 61.

²⁶⁷ En Inglaterra se consolida su fuerza al resultar victoriosos los tribunales del *common law* frente al intento de Carlos I de imponer las decisiones de cortes privilegiadas, como la Cámara Estrellada, basadas en el derecho romano.

²⁶⁸ POCOCK, J.G.A. *The Ancient Constitution and Feudal Law*; Cambridge. Cambridge University Press, 1987, Pág 31 (traducción de la cita por Ángela Aparisi en op cit, pág 134-135)

los profesores de Derecho de la Universidad de Virginia, entre los que destaca la exigencia de un profundo conocimiento de la doctrina del Juez Coke. Será determinante para la evolución de la justificación jurídica de la rebelión de los colonos e incluso para la posterior aparición de la potestad judicial de control constitucional en los Estados Unidos, el conocimiento y aceptación de las tesis contenidas en la sentencia del Juez Coke en el conocido como Caso del Dr. Bonham, en la que el magistrado del *common law* afirma:

“... figura en nuestros tratados que en muchos casos el *common law* podrá controlar una ley del Parlamento e incluso considerarla inválida. Porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común, o a la razón, o resulta contradictoria o imposible de ser aplicada, el *common law* la deberá juzgar como inválida.”²⁶⁹

Resulta evidente la utilidad de este tipo de razonamientos para justificar la desobediencia de los colonos frente a los mandatos del Parlamento británico, tal y como realmente sucedió. Como apunta APARISI: “A ellos apelará insistentemente la literatura revolucionaria, aunque la presión ideológica que sobre ellos se ejercerá determinará su evolución hasta la noción de derechos naturales”.²⁷⁰

En todo caso, la evolución de la teoría política británica parece evidente que constituyó un elemento clave de referencia en el pensamiento revolucionario de las colonias americanas; en este sentido señala Laura GARCÍA PORTELA que:

“Así, las ideas políticas más influyentes en los polemistas coloniales provienen esencialmente de Inglaterra. Parece que los líderes “dirigieron ávidamente los ojos [...] a la historia política y constitucional inglesa”¹¹. En especial, se habrían dirigido a las teorías nacidas en el fértil periodo de 1640-1720. Dicha etapa de vida intelectual agitada conforma un acervo doctrinal que tiene un fuerte reflejo en la ideología norteamericana, como manifiestan con claridad diversos historiadores. Las teorías políticas compuestas en tiempos de la guerra civil y de la Commonwealth cromwelliana, así como a fines de siglo, son de gran profundidad e importancia. En

²⁶⁹ THORNE, S.A. “Dr- Bonhams’s Case” en *Law Quarterly Review*, nº CCXVI, octubre, 1938. La traducción es del autor.

²⁷⁰ APARISI MIRALLES, A. *Op. Cit*, Pág 146.

*este periodo proliferaron las doctrinas críticas con el poder tradicional y se pusieron las bases del liberalismo. El pensamiento británico que alcanza a las colonias del Atlántico engloba a multitud de pensadores y filósofos ingleses de la época citada: Coke, Milton, Harrington, Sidney, Locke, Molesworth, etc.*²⁷¹

Todos los factores ideológicos, doctrinales y religiosos señalados, a los que se añadió la autoridad política del pensamiento radical “whig” inglés, generarían el caldo de cultivo adecuado para que cuando Inglaterra se decidió a interesarse vivamente por sus colonias americanas en el siglo XVIII -tras la apatía mostrada anteriormente- y comenzó a legislar desde una mentalidad exclusivamente metropolitana, desconocedora de los intereses, problemas y anhelos de los colonos, estos comenzaron a utilizar toda la carga argumental recibida para iniciar -y concluir con éxito- el proceso hacia la independencia.²⁷²

Los hechos, sintetizados acertadamente por Rafael DE ASÍS, nos dan cuenta de una serie de leyes desafortunadas, la Ley del Timbre de 1765, que introduce una serie de impuestos injustificados, las posteriores leyes de navegación estableciendo el monopolio del comercio marítimo para los buques ingleses, o la Ley de la Compañía de Indias que concede a ésta el monopolio para las ventas del té, van a provocar una sucesión de reacciones de los colonos que, poco a poco ganar en coordinación y fuerza a través de varios hitos representados por:

²⁷¹ GARCÍA PROTELA, Laura. *La Revolución Americana: una revuelta desde y contra Inglaterra. Un ensayo sobre sus orígenes ideológicos*. Revista Autónoma Historia, nº 5 (2014) Universidad de Valencia. Pág 55

²⁷² Otras miradas más pegadas a la cotidianidad son posibles; y así señala Fernando PURCELL, en su artículo “La Revolución Norteamericana y las tensiones interpretativas en su historiografía reciente”, publicado en la Revista de Historia Iberoamericana, 2008, Vol, 1, Núm 1, Pág 58, que: “Uno de los trabajos emblemáticos dentro de esta línea de investigación es *The Minutemen and their World*, publicado por Robert Gross en el año del Bicentenario de la Declaración de Independencia. Se trata de un libro sobre el pueblo de Concord, comunidad agraria de Massachusetts donde se vivió una de las batallas que dio inicio a la etapa bélica de la Revolución. Gross trata de comprender por qué los habitantes de Concord se motivaron a participar de la guerra, examinando las realidades locales de la comunidad antes, durante y después del conflicto. Lo que se revela es un pueblo que con anterioridad al desencadenamiento de la Revolución estaba marcado por la escasez, las divisiones religiosas y las presiones por la adquisición de nuevas tierras producto de una severa debacle económica. De acuerdo a Gross, las dificultades locales explican la conformación de una sociedad que, a fines del siglo XVIII, se mostraba poco interesada en asuntos externos; una comunidad ensimismada por sus propias circunstancias. Al momento de tratar de responder por qué los habitantes de Concord tomaron las armas para luchar por una causa revolucionaria, el autor demuestra que los impulsos derivaron de la supresión, por parte de la Corona Británica, de la libertad de reunión en los Town Meetings. Esto habría sido resultado directo de la promulgación de las denominadas Leyes Coercitivas de 1774, que buscaban poner fin a la rebeldía de los colonos de Boston, Massachusetts. Producto de que los Town Meetings se habían consolidado como un espacio de discusión altamente legitimado por los colonos para la solución de los múltiples conflictos internos, Gross concluye que los habitantes de Concord se involucraron en la revolución en busca del mantenimiento de las tradiciones locales y, por sobre todo, como una forma de preservar el principio de autonomía local.”

- a) El Primer Congreso Continental de 1774, que adopta la “Declaración del 14 de octubre” proclamando la importancia del consentimiento y los derechos a la vida, la libertad y la propiedad (claramente influida por Locke)
- b) La organización por este Congreso, en 1775, de un ejército y la designación de George Washington como Jefe del mismo.
- c) La Declaración del Levantamiento en Armas, de 6 de julio de 1775
- d) La presentación el 7 de junio de 1776, por Richard Henry Lee ante el Congreso Continental de la Resolución para la declaración de independencia y la constitución de una Confederación.
- e) Y, por fin, la Declaración de Independencia adoptada por el Congreso el 4 de julio de 1776.²⁷³

La combinación de factores ideológicos diversos en un proceso marcado y dirigidos por hechos y acontecimientos que exigían una visión práctica de las actuaciones puede estar en la base del resultado final descrito por CHÂTELET:

“La buena conciencia de los insurgentes de 1776, sus puntos de vista a la vez egoístamente utilitarios e idealistas, la alianza entre las preocupaciones a corto plazo y su deseo de fundar una potencia de nuevo tipo, expansionista y segura de sí misma, definen los contornos de una especie de nacionalismo institucional, característico en lo sucesivo de la República norteamericana que, en el orden interno, concibe la democracia menos como la expresión de la voluntad popular que como juego debidamente controlado de las instituciones representativas, y, en el exterior, se presenta como detentador del secreto de las libertades”²⁷⁴

No obstante, para un adecuado entendimiento del asunto, resulta relevante la perspectiva alumbrada por Hannah ARENDT sobre la peculiar finalidad del movimiento revolucionario y posteriormente constitucional norteamericano, que lo diferencia esencialmente del francés y que, probablemente, sea la que explique

²⁷³ ASÍS ROIG, Rafael de, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001. Págs 45-49.

²⁷⁴ CHÂTELET, F, DUHAMEL. O y PSIER'LOUCHNER, E. *Historia del Pensamiento Político*. Ed Tecnos, Madrid, 1992, Pág 85.

adecuadamente la ausencia de una declaración expresa de derechos en la primera constitución americana. Afirma ARENDT: “En este sentido, la historia de la Revolución americana está expresada en un lenguaje claro y sin ambigüedades. Lo que preocupó a los fundadores no fue el constitucionalismo, en el sentido de gobierno *limitado*, legítimo. Sobre este punto estaban en perfecto acuerdo, más allá de toda discusión; por eso, incluso en los días en que el sentimiento contra el rey y el parlamento ingleses eran más fuertes en el país, no dejaron de tener conciencia ni por un momento de que hacían frente a una monarquía limitada, no a un príncipe absoluto. La fiebre constitucionalista que invadió el país inmediatamente después de la Declaración de Independencia impidió que se produjese un vacío de poder, y el establecimiento de un nuevo poder no podía basarse en lo que siempre había sido esencialmente una negación al poder, es decir, la declaración de derechos”.²⁷⁵

Precisando seguidamente que: “El propósito de las constituciones estatales que precedieron a la Constitución de la Unión, tanto si habían sido elaboradas por los congresos provinciales o por las asambleas constitucionales (como en el caso de la de Massachusetts), era el de crear nuevos centros de poder, una vez que la Declaración de Independencia había abolido la autoridad y el poder de la Corona y del Parlamento.(...) Pero en este contexto, la palabra “constitución” ha perdido todo significado negativo, en cuanto limitación o negación del poder; significa, por el contrario, que *el gran templo de la libertad federal* debe basarse sobre la fundación y correcta distribución del poder”.²⁷⁶

En el mismo sentido, apunta LAIN ESCANDELL que: “Las controversias más apremiantes en torno al texto constitucional no fueron tanto su contenido en relación a cuestiones de orden económico, sino más bien por la estructura política, el diseño de la división de poderes y el control del poder político por parte de los diferentes estamentos y clases sociales”.²⁷⁷ Obsérvese como, muy acertadamente, el autor habla del control *del* poder político, no del control *sobre* el poder político.

Pues bien, recordados los hechos y las influencias doctrinales que operaron sobre los mismos, procede seguidamente que nos detengamos en el análisis de dos

²⁷⁵ ARENDT Hannah; *Sobre la Revolución*. Alianza Editorial, Madrid, 1998. Págs 149-150.

²⁷⁶ ARENDT, Hannah; *Op. Cit.* Págs 151-152.

²⁷⁷ LAIN ESCANDELL, Bru. *Democracia y propiedad en el republicanismo de Thomas Jefferson y Maximilien Robespierre*. Teis doctoral. Universidad de Barcelona, Julio 2016. Pág. 92

autores relevantes en todo el proceso para tratar de averiguar la concepción que late en su obra sobre los derechos de los colonos y su estructura jurídica,

B.- Thomas Jefferson

El que sería el primer Secretario de Estado y luego el tercer presidente de los Estados Unidos, desempeñó un papel sin duda esencial en el conglomerado de hechos e ideas que desembocaron en la Declaración de Independencia. Para Rafael DE ASÍS, “la relevancia de Thomas Jefferson radica en el hecho de mantener una concepción de los derechos que no está anclada en los postulados del modelo inglés mediante la defensa de los viejos derechos de los ingleses, sino en la noción de los derechos naturales del hombre. Sus posiciones en esta temática son cercanas a las de Locke, si bien desde un iusnaturalismo de tipo iluminista. Igualmente es significativa su defensa de la tolerancia y de la libertad de conciencia desde planteamientos relativistas”.²⁷⁸

Al objeto de nuestro estudio representa el planteamiento que mejor se acerca a la relación bilateral de los derechos, de tal manera que los colonos (y luego los ciudadanos) serán los titulares como sujetos activos de unos derechos naturales que se satisfacen plenamente mediante su oposición a un único sujeto pasivo, el monarca inglés en la época de la revolución y el gobierno federal con la constitución del nuevo Estado. En esta segunda fase será un ejemplo paradigmático de la estructura bilateral el derecho a la libertad religiosa que exige simplemente la omisión de cualquier actuación relativa al hecho religioso por parte del poder público. Esta preocupación por la consecución de la tolerancia religiosa la pone de manifiesto, de forma positiva, Jefferson con la redacción del Estatuto de Virginia para la Libertad Religiosa en 1786, hecho que, junto con la autoría de la Declaración de Independencia y su condición de padre de la Universidad de Virginia son los que él mismo consideraba como las mayores aportaciones de su vida y así dispuso que constasen de forma expresa en su epitafio.²⁷⁹

²⁷⁸ ASÍS ROIG, Rafael de. Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución”, en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001. Págs 64-65.

²⁷⁹ APARISI MIRALLES, A, *Op Cit*, Pág 305.

Como recuerda APARISI, “en su Proyecto de Ley sobre la Libertad Religiosa, Jefferson defiende la libertad de la mente humana, no sujeta a ninguna clase de coacción, prohibiendo la intrusión de los magistrados civiles en el ámbito de la conciencia, al afirmar en su sección I que:

“CONSCIENTES de que las opiniones y la creencia de los hombres depende de su propia voluntad, de que Dios todopoderoso ha creado a la mente libre, y manifestado su suprema voluntad de que libre permanezca...; de que las opiniones de los hombres no son objeto del gobierno civil, ni están bajo su jurisdicción...”²⁸⁰

TOUCHARD nos dice que “mientras que Hamilton y Adams son, en el fondo partidarios de la Constitución inglesa, con su concepción socialmente reduccionista, Jefferson desea una extensión de la democracia. Mientras que Hamilton pertenece a la escuela de Hobbes y afirma su admiración por Julio César, Jefferson invoca a Locke, cree en la bondad innata del hombre y considera al Gobierno como una amenaza permanente para los gobernados”. Precizando seguidamente que “Jefferson desconfía del poder demasiado concentrado (incluso cuando se trata del Poder Legislativo)”.²⁸¹ En este sentido es significativo el contenido de la Sección III del Proyecto de Ley para la Libertad Religiosa: “ Y aunque bien sabemos que esta Asamblea, elegida por el pueblo sólo para sus propósitos ordinarios de legislación, no tiene poder para restringir las leyes de Asambleas posteriores, constituida con poderes iguales a los nuestros propios, y que por ello declarar irrevocable esta norma carecería de efecto sobre la ley, sí somos libres para declarar y declaramos, que los derechos aquí reconocidos forman parte de los derechos naturales de la humanidad, y que si cualquier norma se aprobara en el futuro donde se rechazasen o redujensen sus operaciones, esa norma sería una infracción del derecho natural”.²⁸²

Como decíamos anteriormente, la característica más relevante de la obra de Jefferson, a nuestros efectos, es el trasvase que realiza en la fundamentación de los

²⁸⁰ JEFFERSON, Thomas. “A Bill for Establishing Religious Freedom” (1779), en PADOVER, S (edit), *The World of the Founding Fathers, Their Basic Ideas on Freedom and Self-Government*, New York, Thomas Yoseloff, 1960, págs 258-259. Traducción de Ángela Aparisi Miralles.

²⁸¹ TOUCHARD, J. Historia de las Ideas Políticas, Vol II. Ed Círculo Universidad, Barcelona, 1990. Pág 91

²⁸² JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Ed Tecnos. Taugus Book. 2017. Proyecto de Ley sobre libertad religiosa 1779.

derechos de los colonos, pasando de su origen en el *common law*, en el viejo derecho de los ingleses, al derecho natural racionalista aplicable a todos los seres humanos. Quizá la obra en la que esta evolución se aprecia de forma más clara es en “*A Summary View of the Rights British América*”, publicada en Virginia en 1774 y que iba dirigida a los representantes de la Asamblea de Virginia; estos no la llegan a aprobar como Declaración oficial, pero el texto se publicó y se difundió con éxito. En esta obra Jefferson, al contestar a una consulta formulada por John Tayler sobre el lugar que ocupaba el *common law* en las colonias, afirma que aunque coincidía con Tayler en la doctrina tradicional de que los colonos habían llevado consigo desde Inglaterra los derechos propios del *common law*, y que esta concepción fue su favorita en un primer momento para afirmar sus derechos frente a Gran Bretaña, lo cierto es que en realidad, lo que los colonos se trajeron en sus personas fueron “los derechos de todos los hombres...”²⁸³ Por ello, en lo sucesivo, la nueva legitimidad para la rebelión frente al monarca inglés, Jefferson la apoyará: “sobre los derechos que Dios y las leyes han otorgado igual e independiente a todos...”²⁸⁴ Y llegará al extremo de afirmar, sobre la base de los derechos naturales de todos los hombres, el derecho de los colonos a apropiarse de la tierra, al margen de las concesiones del monarca inglés, afirmado en el mismo texto que: “Es hora, por consiguiente, de que exponamos este asunto a Su Majestad, declarando que no tiene el derecho a otorgar tierras. Por la naturaleza y fin de las instituciones civiles, todas las tierras circunscritas por los límites que cualquier parte en particular haya fijado para sí, son asumidas por esa sociedad y quedan sometidas a su reparto: éste pueden hacerlo ellos mismos reunidos colectivamente, o por el legislativo en quien hayan delegado la autoridad soberana; y si no fueran repartidas de ninguna de estas dos maneras, cada individuo de la sociedad podrá apropiarse de cuantas tierras encuentre vacantes, y la ocupación será su título”.²⁸⁵

De ahí que, como señala GARCÍA-PELAYO en la *Declaration and Resolves* adoptada por el Primer Congreso Continental en Filadelfia el 5 de septiembre de 1774, utilizada como fundamento jurídico de las pretensiones de los colonos frente al

²⁸³ APARISI MIRALLES, A. Op Cit, Págs 227-228, si bien la traducción de la respuesta de Jefferson es del autor de esta tesis.

²⁸⁴ JEFFERSON, Th “A Summary View of the Rights of British America”, en KOCH, A; PEDEN, W., *Autobiografía y otros escritos*, trad, A. Escotado, M.S. de Heredia. Madrid, Tecnos, 1987, pág. 301. Citado por Ángela Aparisi Miralles en obra citada, Pág 228.

²⁸⁵ JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Ed Tecnos. Taugus Book. 2017. Una vista sumaria sobre los derechos de la América Británica.

Imperio, “ya no se acude solamente al *common law* de Inglaterra o a las esencias del constitucionalismo inglés, sino que se trata de fundamentar los derechos en las leyes inmutables de la naturaleza, en los principios de la constitución inglesa y en las diferentes Cartas o Pactos, y con arreglo a ello se enumeran los derechos de los habitantes de las colonias inglesas de Norteamérica de un modo que rememoraba el *Bill* de derechos de 1689 y profetizaba los *bills* de derechos más tarde incorporados a las constituciones de los Estados.”²⁸⁶ Y en este sentido no hemos de olvidar que el *Bill of Rights* de 1689 establece una relación claramente bilateral entre el Parlamento y el Rey en la que el segundo se compromete a respetar y no traspasar los límites marcados por el primero; la misma estructura se plasmará en las declaraciones de derechos de las colonias y en las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, si bien entre dos sujetos diferentes, los ciudadanos frente al Gobierno, ya sea el estatal o el federal.

C.- Thomas Paine

La relevancia de PAINE en el proceso hacia la independencia de las colonias opera claramente en el orden práctico. Su éxito como panfletista fue ciertamente notable y la más conocida de sus obras “*Common Sense*” (1776) sirvió sin duda de catalizador del sentimiento independentista.²⁸⁷

PAINE, nacido en Inglaterra en 1737, obtuvo una sólida formación y alcanzó un empleo como recaudador de impuestos en Londres, de donde sin embargo huyó arruinado en 1774, llegando a Filadelfia con 37 años. En tan solo dos años, con la fe del converso, abrazó la causa independentista con más fervor y eficacia que los antiguos colonos americanos.

En su obra *Common Sense* expondrá de forma clara, directa y asequible para el gran público al que iba dirigida, argumentos sencillos a favor de la independencia que son sometidos al “tribunal del sentido común”. Tras afirmar que la existencia del

²⁸⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Ed. Alianza Universidad. Madrid, 1987. Pág 330.

²⁸⁷²⁸⁷ El General Charles Lee, el 24 de enero de 1776, quince días después de la primera publicación de “*Common Sense*” escribía a Whashington: “¿Has leído el panfleto *Common Sense*? Nunca he visto tanta maestría e irresistibles argumentos. Si no me equivoco, unido a la necedad y perversidad del ministro, dará el golpe de gracia a Gran Bretaña. En un momento yo mismo me he convencido por sus argumentos, de la necesidad de la separación” (Citado por APARISI MIRALLES, A en Op, Cit, Pág 240)

Gobierno, cualquiera que sea, ha de aceptarse como una necesidad, como un mal menor, dada la imposibilidad de gobernar una sociedad solo desde la ética personal de sus individuos, llega a la conclusión de que una vez instaurado, el Gobierno se ha de orientar exclusivamente a garantizar la seguridad y la libertad de los particulares. Rechazada la monarquía hereditaria como sistema adecuado de gobierno, al ir contra el sentido común que las virtudes del gobernante puedan transmitirse por herencia genética, lanza sus ataques contra el monarca inglés al que juzga responsable junto con el Parlamento británico del estado de opresión existente en las colonias. Hasta entonces la literatura colonial había centrado su hostilidad sobre el Parlamento considerando que, sin embargo, el Monarca podía ser el defensor de los derechos de los colonos. Este cambio de objetivo simbólico operado por PAINE, que fija de forma más nítida al enemigo (previamente desprestigiado) en el ideario colectivo, fue un revulsivo sumamente eficaz para el levantamiento revolucionario. La intención del autor es clara cuando afirma: “La historia del actual Rey de Gran Bretaña es una historia de repetidas injurias y usurpaciones, todas ellas con la finalidad directa de establecer una tiranía absoluta sobre estos Estados...”²⁸⁸

Afirma Marta LORENTE que: “En definitiva, *Common Sense* contiene una teoría republicana legitimadora de la independencia y construcción de la nación americana”.²⁸⁹

Siendo probablemente la anterior la contribución más relevante de PAINE en el devenir histórico de Norteamérica, lo cierto es que al objeto de nuestro estudio quizá resulta más significativo el contenido de otra de sus obras “Derechos del hombre” (1791-1702)²⁹⁰ por cuanto en la misma es posible vislumbrar una quiebra en la homogénea línea de afianzamiento de la estructura bilateral de los derechos seguida en su época, entre individuos por una parte y Gobierno por otra, dando paso, siquiera conceptualmente, cuando menos a una extensión del sujeto pasivo, desde el poder político institucionalizado hacia el conjunto de los individuos que integran el cuerpo social.

²⁸⁸ Citado por APARISI MRALLES, A en Op Cit, Pag 237. La traducción es del autor de esta tesis. Sobre COMMAGER, H.S. *Documents of American History*, New York, 1968. Pág 101

²⁸⁹ LORENTE, Marta. “Reflexiones sobre la Revolución”, en *Historia de la Teoría Política*. Tomo 3.- Coord. Fernando Vallespin. Alianza Editorial, Madrid, 1995

²⁹⁰ PAINE, Thomas. *Derechos del Hombre*. Alianza Editorial. Barcelona, 1984

Elaborada y redactada por PAINE con la intención expresa de servir de refutación a las tesis reaccionarias que BURKE sostiene en relación con la Revolución Francesa en su obra *Reflexiones sobre la revolución en Francia*, (1790),²⁹¹ su contenido se extenderá en algunas consideraciones sobre los derechos del ser humano que son de interés para nuestro estudio.

Así, al evocar las discusiones que tuvieron lugar en la Asamblea Nacional francesa durante la deliberación sobre la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, PAINE recuerda que una parte de la Cámara sostenía que la declaración de derechos debía ir acompañada de una declaración de deberes. Como sabemos, tal cosa no sucedió y PAINE rechaza también la procedencia de esa pretensión afirmando:

“Una declaración de derechos es, por reciprocidad, también una declaración de deberes. Lo que quiera que sea mi derecho como hombre es también el derecho de otro; y yo paso a tener el deber de garantizar además del de poseer”.²⁹²

En esta concepción el poder político, el Gobierno, no es el único sujeto pasivo de los derechos de los ciudadanos, sino que todos y cada uno de estos lo será respecto de los de derechos de los demás. En la medida en que así el ciudadano particular se constituye también en obligado, en deudor, aunque PAINE no cierra el argumento, parece claro proseguir que, si el deudor no satisface su deuda voluntariamente, será el poder público el que a través del órgano competente (Ejecutivo o Judicial) le exija coactivamente el cumplimiento, superando así la mera relación bilateral en la estructura de los derechos hacia una estructura trilateral.

Esta estructura trilateral, más propia de los derechos sociales que de los civiles, es coherente con el resto del pensamiento de PAINE sobre los derechos, en el que cabe atisbar una cierta concepción social de los mismos, salvadas todas las distancias. En este sentido su obra dedica una parte significativa de su contenido a proponer, e incluso a calcular con preciso detalle, la conveniencia de una redistribución social de la renta de las clases privilegiadas, a través de la

²⁹¹ BURKE, Edmund. *Reflexiones sobre la revolución en Francia*. Alianza Editorial. Barcelona. 2010

²⁹² PAINE, T. *Op Cit*, págs. 113-14

intervención recaudatoria del Estado, para garantizar un mínimo nivel de dignidad en la vida de las clases humildes.

En la introducción a la edición de la obra que nos sirve de soporte, Fernando SANTOS FONTELA²⁹³ afirma: “PAINE va mucho más allá, sobre todo en la Parte II, e introduce una serie de conceptos totalmente revolucionarios, como su sistema de seguridad social, primero concebido en el mundo occidental, y el impuesto progresivo para los ricos y negativo para los pobres. Llega a introducir el concepto de los *derechos económicos del hombre*. Crea nada menos que un plan de distribución de la riqueza, y en la página 256 Paine emplea efectivamente el término *redistribución*”²⁹⁴

Evidentemente estos planteamientos no podían ganar cuerpo y triunfar en la época; el momento era el de la ascendencia triunfante de la clase burguesa y la definición de una estructura bilateral de los derechos era la que mejor se acomodaba a sus intereses y esa fue, precisamente, la que cristalizó en las declaraciones que estudiaremos en el siguiente capítulo. No obstante, es ciertamente ilustrativo que el pensamiento de un relevante protagonista de la época ponga de manifiesto que ninguna estructura jurídica es necesaria y obligada en la definición de los derechos, sino que constituye un elemento meramente auxiliar, formal y procesal al servicio de la voluntad real sobre cómo ordenar los intereses en conflicto.

Capítulo 2.- Proclamación de los derechos en las primeras Declaraciones.

Los textos positivos en los que se contiene la exposición de los derechos tal y como se articulan en el proceso de las revoluciones burguesas en Norteamérica y Francia son sin duda numerosos; entre otros, destacan:

- Los *Cahiers de Doléances* previos a los Estados Generales en Francia
- Las *Charters of Virginia* de 1606 a 1611 y la *Ordinance* de 1621,
- El *Mayflower Compact* de 1620,

²⁹³ SANTOS FONTELA, F. “Introducción” En En PAINE, T. *Op Cit*, pág 14.

²⁹⁴ “Así, tras determinar el mayor número del que cabe suponer que necesitan apoyo por tratarse de familias jóvenes, paso a analizar el modelo de asistencia o redistribución...” En PAINE, T. *Op Cit*, pág 256

- La *Fundamental Order of Connecticut* de 1639,
- La *Charter de Massachusetts* de 1629 y su *Body of Liberties* de 1641
- La *Charter of Maryland* de 1632
- El *Plantation Agreement of Providence* de 1640

Todos ellos contienen proclamaciones de derechos que expresan en mayor o menor medida los anhelos e inquietudes de las sociedades sobre las que se proyectan y cuyas líneas generales hemos expuesto anteriormente y los estudiaremos someramente más abajo agrupándolos bajo la denominación de “textos preparatorios”, con la excepción de los *Cahiers* que ya fueron objeto de análisis más arriba. Sin embargo, entendemos que el resultado consolidado de los diversos factores que intervinieron en los dos procesos revolucionarios se contiene en los textos centrales que analizaremos posteriormente con más detalle desde el punto de vista de la estructura jurídica de los derechos que contienen: la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración de Independencia de 1776, las primeras diez enmiendas a la Constitución norteamericana en 1789 y, por último, la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

1.- Los textos preparatorios.

A.- Las *Charters of Virginia* y la *Ordinance* de 1621

La *Primera Carta de Virginia*, otorgada por el Rey Jacobo a sir Thomas Gates en 1606 para regular el proceso de conquista y asentamiento en el territorio que luego se conocería como Virginia, permitió el levantamiento formal de un primer establecimiento en Jamestown. Orgánicamente se establecían dos centros de gobierno, un Consejo en el asentamiento colonial que atendería los asuntos cotidianos y urgentes y otro Consejo en Inglaterra que decidiría sobre la dirección general de la colonia.²⁹⁵ En esta Primera Carta se aseguraban a los colonos “todas las libertades e inmunidades inherentes a la condición de súbdito inglés”.²⁹⁶

²⁹⁵ APARISI MIRALLES, A. *Op cit*, pág 250.

²⁹⁶ Sobre la *First Charter of Virginia* se puede consultar en COMMANGER, HS *Documents of American History*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1968 y ANDREWS, Charles M, *The Colonial Period of American History*, New Haven, 1973. Ambos citados por Aparisi Miralles, A.

Del análisis concreto del documento, que se inserta como Anexo I, podemos deducir el reconocimiento de los siguientes derechos concretos:

a) El derecho de autogobierno en asuntos ordinarios:

“Y también ordenamos, establecemos y acordamos, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, que cada una de dichas colonias tenga un Consejo que gobernará y organizará todas las materias y causas que se planteen, desarrollen o sucedan en cada una de esas colonias, según las leyes, ordenanzas e instrucciones que en su nombre se otorguen y se firmen de nuestra mano o firma real”

b) El derecho para la búsqueda, regulación de la búsqueda, explotación y aprovechamiento de metales preciosos:

“...concedemos y acordamos, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, que cada uno de dichos Consejos de cada una de las susodichas colonias, en virtud de lo expuesto, cuando sea necesario, sin ninguna interrupción por nuestra parte, ni por la de nuestros herederos y sucesores, legalmente podrán dar y recibir y darán y recibirán órdenes para excavar, extraer y buscar todo tipo de minas de oro, plata y cobre, tanto en cualquier parte de cada una de las mencionadas colonias como en la tierra firme más allá de dichas colonias. Y el oro, plata y cobre que se obtenga lo tendrán y disfrutarán para el uso y beneficio de las mismas colonias y de sus asentamientos; cediéndonos, a nosotros, a nuestros herederos y sucesores, sólo la quinta parte de todo el oro y la plata, y la quinceava parte del cobre, que, como se ha dicho, se obtenga o consiga, sin que por la misma causa se nos tenga que dar ni ceder, a nosotros, a nuestros herederos o sucesores, ningún otro tipo de ganancia o cantidad.”

c) El derecho a imprimir y hacer circular moneda:

“Y que legalmente podrán establecer y hacer y establecerán y harán que se acuñe una moneda para que circule entre la gente de cada una de esas colonias, para facilitar el comercio y la negociación entre ellos y los nativos de allí, de tal metal y de tal manera y forma, como prescriban e indiquen cada uno de los mencionados Consejos.”

e) El derecho de propiedad sobre la tierra.

“Y podrán comenzar y comenzarán su primer asentamiento y morada en cualquier lugar de dicha costa de Virginia o América que consideren adecuado y conveniente entre los mencionados 34 y los 41 grados de dicha latitud [norte]. Y poseerán todas las tierras, bosques, suelos, terrenos, refugios, puertos, ríos, minas, minerales, marismas, aguas, pesquerías, bienes y heredades de toda clase [incluidos] desde dicha primera sede de su asentamiento y morada hasta una distancia de cincuenta millas de medida inglesa estatutaria a lo largo de dicha costa de Virginia y América hacia el oeste y hacia el suroeste según trascurre la costa, y todas las islas que se encuentren hasta cien millas justo enfrente de esa misma costa marítima”

f) *El derecho de residencia:*

“Y podrán habitar y permanecer, y habitarán y permanecerán allí; y también podrán construir y fortificar, y construirán y fortificarán en la misma zona, para su mejor salvaguardia y defensa, según su mejor criterio y el criterio del Consejo de esa colonia”

Además, de estos derechos concretos, se reconocerá, como ya se ha señalado anteriormente, a “todas y cada una de las personas que sean súbditos nuestros, que moren y habiten en todas y cada una de dichas colonias y asentamientos, y todos sus hijos que nazcan dentro de cualquiera de los límites y demarcaciones de cada una de dichas colonias y asentamientos, tendrán y disfrutarán, a todos los fines, de todas las libertades, franquicias e inmunidades que haya en cualquiera de nuestros otros dominios, igual que si hubieran morado y nacido en este nuestro reino de Inglaterra, o en cualquier otro de nuestros dominios.”.

La estructura de los derechos reconocidos en esta Primera Carta es simple y responde al esquema básico de la relación bilateral. El sujeto activo titular de los derechos lo serán todos y cada uno de los colonos y sus herederos. El sujeto pasivo, obligado por los derechos reconocidos frente a los colonos, lo será el monarca, o mejor dicho, la Corona, personificación del concepto del Estado en el sistema constitucional británico. De hecho, la relación bilateral adquiere tal claridad que se documenta en forma de acuerdo o contrato.

“Y finalmente, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, concedemos y acordamos con los susodichos Sir Thomas Gates, Sir George Somers, Richard Hackluit, Edward-Maria Wingfield, y con todos los demás de dicha Primera Colonia, que cuando se solicite, nosotros, nuestros herederos y sucesores, mediante letras patentes con el gran sello de Inglaterra, daremos y concederemos a tales personas, y a sus herederos...”

La *Segunda Carta de Virginia*, de 1609, otorgada al conde de Salisbury y otros, introducía pocas novedades de organización, confiriendo al Consejo de la colonia la potestad de nombramiento de gobernadores y otros cargos públicos, así como la de dictar disposiciones legislativas y regular el sistema judicial, insistiendo nuevamente en el reconocimiento genérico a los colonos y sus herederos de las libertades, franquicias e inmunidades de los ciudadanos libres ingleses.

La razón de ser esta Segunda Carta²⁹⁷ y aun de la Tercera, de 1611²⁹⁸, nos la ofrece Rebeca VÁZQUEZ GÓMEZ al señalar que: “En *The First Charter of Virginia* de 1606, Jacobo I (1603-1625) habilitaba a dos grupos de hombres, de las ciudades de Londres (Company of London) y de Plymouth (Company of Plymouth) respectivamente, a establecerse en sendos espacios de tierra diferenciados (la primera entre los grados 34 y 41 y la segunda entre los grados 38 y 45 de latitud norte) dentro de la zona de «Virginia». Ambas Compañías fundaron colonias, pero sólo sobrevivió la creada por la primera. Por ello, *The Second Charter of Virginia*, de 23 de mayo de 1609, extendía los derechos de la Compañía londinense (denominada aquí «*The Treasurer and Company of Adventurers and Planters of the City of London, for the first Colony in Virginia*» —párr. 3—) a toda la zona antes dividida de Virginia, y *The Third Charter of Virginia* de 12 de marzo de 1611, hacía lo mismo respecto a las islas cercanas a la colonia.²⁹⁹

La estructura bilateral se confirma en la Tercera Carta:

²⁹⁷ El texto de la Segunda Carta de Virginia puede consultarse en inglés, en *The Avalon Project*, (http://avalon.law.yale.edu/17th_century/va02.asp)

²⁹⁸ El texto de la Tercera Carta de Virginia puede consultarse en inglés, en *The Avalon Project*, (http://avalon.law.yale.edu/17th_century/va03.asp)

²⁹⁹ VÁZQUEZ GÓMEZ, Rebeca. “Organización política y cuestión religiosa en las colonias inglesas de Norteamérica: los casos de Virginia y Maryland”. *Revista de Estudios Políticos*, nº 149. Madrid, 2010. Págs 185.220

And lastly, we do, by these Presents, RATIFY AND CONFIRM unto the said Treasurer and Company, and their Successors, for ever, all and all Manner of Privileges, Franchises, Liberties, Immunities, Preheminences, Profits, and Commodities, whatsoever, granted unto them in any our former Letters-patent, and not in these Presents revoked altered, changed, or abridged. Although express Mention of the true Yearly Value or Certainty of the Premises, or any of them, or of any other Gift or Grant, by Us or any our Progenitors or Predecessors, to the aforesaid Treasurer and Company heretofore made in these Presents is not made; Or any Statute, Act, Ordinance, Provision, Proclamation, or Restraint, to the contrary thereof heretofore made, ordered, or provided, or any other Matter, Cause, or Thing, whatsoever, to the contrary, in any wise, notwithstanding.

Como hecho relevante procede señalar que, tras la Tercera Carta, los colonos de Virginia constituyeron el 30 de julio de 1619 una Asamblea legislativa, integrada por veintidós representantes (*House of Burgesses*), que constituiría el primer cuerpo representativo de Norteamérica.

La *Ordinance for Virginia* dictada por Cédula de 24 de julio de 1621 ratifica la existencia de la Asamblea, a la que se nomina The General Assembly y que se integra con el Consejo de Estado (The Council of State) –cuyos miembros son nombrados por el Consejo de Inglaterra- más dos representantes de cada ciudad, elegidos por sus habitantes.³⁰⁰ No se introdujeron en este texto innovaciones respecto a los derechos.

En la evolución de la colonia de Virginia el paso posterior más significativo sería el dado en 1651 cuando depuso las armas frente a Cromwell y al Parlamento. Como nos indica APARISI MIRALLES, los colonos, conscientes y celosos de sus propias libertades, fuese cual fuese el régimen de la metrópoli, firmaron a través de sus representantes un documento en el que se garantizaban sus antiguos derechos, que esgrimían como derechos que les correspondían como ciudadanos ingleses desde su reconocimiento en la Carta Magna, tales como derecho al debido proceso legal y a no soportar impuestos no votados por sus representantes.³⁰¹

³⁰⁰ APARISI MIRALLES, A. *Op Cit*, pág 255.

³⁰¹ SARAH BILDER, Mary. "Colonial Constitutionalism and Constitutional Law." In *Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Morton J. Horwitz*. Alfred L. Brophy and Daniel W. Hamilton, eds., Cambridge: Harvard University Press, 2009. Hace referencia a los *Articles of Agreement (1651) between Crown commissioners and Lord Willoughby of Parnham*, señalando que: "The growing appeal of the word "charter" to convey authority was evident in the fact that the document was not a charter but Articles of Agreement (1651) between Crown commissioners and Lord Willoughby of Parnham."

B.- El *Mayflower Compact* de 1620

La llegada de una expedición de colonos a las costas de Massachussets en 1620 se produjo sin previa concesión o cédula real –al contrario de lo que había sucedido en Virginia-. Se trataba de un grupo de puritanos que huían de la hostilidad religiosa que padecían en Inglaterra y buscaban nuevas tierras en las que instalarse y desarrollar sus vidas de acuerdo con su fe. La ausencia de título jurídico público se intentó subsanar mediante la generación de un título privado –un acuerdo entre los integrantes de la expedición- pero con una clara vocación pública al erigirse como expresión de la voluntad de toda la comunidad allí presente.

Como señala APARISI, “...celebraron entre sí un pacto solemne, origen de su gobierno autónomo, el cual fue firmando por los 41 padres de familia que viajaban a bordo del *Mayflower*”. El tenor literal del pacto se inserta en el Anexo II.

De su lectura se deduce que más que organizar de forma concreta la vida social y política de la comunidad, en el Pacto se establece el fundamento de los poderes de la nueva comunidad para dictar leyes y normas de organización política y social. La novedad, ciertamente trascendente, estriba en que el fundamento para ordenar la vida pública no se centra en el derecho divino del monarca o en la tradición sino en la voluntad actual del conjunto de los individuos afectados y en su decisión de constituirse como comunidad política sometándose individualmente al poder y gobierno de la misma.

“...los presentes hacemos pacto solemne y mutuamente, en la Presencia de Dios y nuestra, y conjuntamente formamos un Cuerpo Político Civil para nuestro orden, preservación y fomento de los fines antedichos.”

El contrato social, hasta entonces residenciado en el ámbito de la teoría filosófica y política, se encarnaba y surgía de forma real y efectiva. Precisamente por eso, como señala Rafael DE ASÍS y nos recuerda APARISI, la idea del pacto será “una de las características más importantes del modelo americano de derechos fundamentales”. Señala GRAU que: “También es un precedente de las teorías que, setenta años más tarde, desarrollaría John Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno* de 1690. Los *Pilgrims* entendían que, al “establecer la primera colonia en

las regiones septentrionales de Virginia”, se adentraban en *terra incognita* y que, sin tomar las medidas adecuadas, devendrían en un *estado de naturaleza* con todos los inconvenientes que ello conllevaba.”³⁰²

En cuanto a la existencia o reconocimiento de algún tipo de derechos en el Pacto del Mayflower tal vez podríamos aventurar la declaración y establecimiento del que hoy denominaríamos *derecho de participación en los asuntos públicos*, no formulado ni reconocido de forma concreta en la época –más allá de su reflejo parcial en el *no taxation without representation*-, pero ciertamente ya prefigurado en el ámbito de la teoría política con las obras de Locke sobre el gobierno por consentimiento.

Plymouth, como se llamó la nueva colonia, debería su existencia política a la sola y exclusiva voluntad de sus fundadores, sin fundamento en instancia superior alguna, más allá de la retórica referencia a la condición de cristianos y súbditos del rey Jaime formulada por los firmantes del Pacto.

Desde esta perspectiva cabe preguntarse sobre el tipo de relación jurídica que articula este derecho de participación en los asuntos públicos desde su misma fundación. Si parece evidente que el sujeto activo lo es cada uno de los firmantes y lo serán sus sucesores y descendiente, ¿quién será el sujeto pasivo?, ¿quién vendrá obligado a satisfacer la pretensión del derecho?

Considerar al monarca inglés como sujeto pasivo del derecho no resulta muy plausible. En esos momentos fundacionales la imagen del rey quedaba bastante alejada de la mente de los firmantes del pacto, nada cabía esperar del mismo, ni ayudas ni amenazas. La comunidad se encontraba sola frente a la naturaleza y a las incertidumbres del destino.

Lo cierto es que los obligados por el contenido del Pacto serán también sus propios firmantes, por lo que pudiera pensarse en un primer momento en una confusión de las posiciones de sujeto activo y sujeto pasivo del derecho. No obstante, creo que se ajusta más a la realidad la consideración de que es el Pacto el que por sí mismo crea un sujeto pasivo, la nueva comunidad política que surge. En

³⁰² GRAU, Luis. *El constitucionalismo americano*. Ed Dykinson-Universidad Carlos III. Madrid, 2011. Pág 15

efecto, ésta nueva comunidad será la encargada, a través de sus órganos de gobierno, de establecer y dictar las normas y disposiciones que regulen la vida de sus miembros, asignando obligaciones y también reconociendo derechos. Y en ese momento la relación jurídica se estructurará de forma bilateral entre los ciudadanos como sujetos activos y la comunidad política como sujeto pasivo.

C.- Las *Fundamentals Orders of Connecticut* de 14 de enero de 1639

Recuerda APARISI que la colonia de Connecticut se constituyó de forma similar a la de Plymouth, con la llegada de un grupo de colonos descontentos desde Massachussetts, sin título, cédula o concesión real de ningún tipo, encabezados por Thomas Hooker.³⁰³ La idea del pacto fundacional y del contrato social como origen del gobierno se encuentra por lo tanto también el nacimiento de esta colonia. Jurídicamente se articulará a través de las *Fundamentals Orders* acordadas en enero de 1639, más extensas y detalladas que el Pacto del *Mayflower* y que presentarán como novedades más destacadas en el orden de la organización política el establecimiento del sufragio de los hombres libres como sistema de elección de una Asamblea que, a su vez, elegiría a un Gobernador –de duración anual- así como al resto de funcionarios y Magistrados. El preciso detalle de regulación institucional que se contiene en las Fundamental Orders hace decir a COMMAGER que constituyen “la primera Constitución escrita que crea directamente un gobierno”.³⁰⁴

“Y sabiendo que cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios requiere, para mantener la paz y unión de tal pueblo, haber establecido un gobierno ordenado y decente, en conformidad con Dios, para que organice y disponga de los asuntos del pueblo, en todas las situaciones tal como el caso lo requiera.

Por lo tanto, nosotros, nos asociamos y unimos para hacer un estado libre asociado o público y en nuestro propio nombre y en el de nuestros sucesores, y en el de todos aquellos que en adelante puedan unírseles...”

En cuanto a los derechos reconocidos y su estructura jurídica cabe aquí señalar, además del genérico de *participar en los asuntos públicos*, el concreto y

³⁰³ APARISI MIRALLES, A. *Op. Cit.*, pág 259.

³⁰⁴ COMMAGER, H.S. y otros. *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica*. FCE, México, 1987, pág 22.

específico *derecho de sufragio*, en dos vertientes, la primera que corresponde a todos los hombres libres para elegir a los diputados que habrían de integrar la Corte General –dotada de poderes legislativos y judiciales- y la segunda atribuida a los diputados para elegir al Gobernador y demás cargos públicos así como para desempeñar sus funciones tanto material como temporalmente, de conformidad con las detalladas precisiones contenidas en las *Fundamentals Orders*:

“Se ordena, sentencia y decreta que la elección de los citados magistrados será hecha de esta manera: Toda persona presente y calificada para elegir, entregará (a la persona encargada para recibirlo) una sola papeleta con el nombre escrito de aquel a quien desea tener por Gobernador, y el que tenga el número mayor de papeletas será nombrado por aquel año. Y el resto de los magistrados u oficiales públicos, deberá ser elegido de esta manera: El Secretario en ejercicio por aquel tiempo, leerá primero los nombres de todos los que van a ponerse a elección, y en seguida los nombrará a cada uno separadamente, y todo aquel que quiera que se nombre la persona que va a elegirse, lo traerá escrito sobre una sola papeleta, y el que no quiera que sea elegido lo traerá en blanco; y todo aquel que tuviese papeletas escritas más que blancas será magistrado por aquel año; papeletas que serán recibidas y leídas por alguno o más por los que hayan sido entonces por la Corte, y juramentados al fiel desempeño, pero en el caso que no hayan sido seis a más del Gobernador, de aquellos que fueron nombrados, entonces aquellos que hayan tenido más papeletas escritas serán los magistrados por el siguiente año, hasta completar dicho número.”

Al igual que en caso anterior, la relación jurídica del derecho de sufragio se establecerá asimismo de forma bilateral entre los ciudadanos y diputados, como sujetos activos en una de las dos vertientes, y la comunidad política –representada ahora por la Corte General, el Gobernador y los Magistrados, según los casos- como sujeto pasivo de ambas modalidades del sufragio.

D.- La *Charter de Massachusetts de 1629* y su *Body of Liberties de 1641*

Los peregrinos que llegaron al lugar que luego se conocería como Massachusetts sí contaban con una cédula real que, de forma similar al modo seguido para la colonia de Virginia, instauraba un gobierno por consejos, residenciando uno en la colonia y otro en Londres, y reconocía a los colonos y a sus sucesores los derechos tradicionales de los súbditos ingleses. Es la conocida como

First Charter of Massachusetts de 1629 respecto de la que, a los efectos de este trabajo, hemos de reiterar las consideraciones ya efectuadas en relación con la Primera Carta de Virginia.

Lo peculiar de la evolución de esta colonia fue el surgimiento de un clamor generalizado para dotarse de leyes escritas precisas que garantizaran a los colonos un principio de seguridad jurídica ante la amplitud, y en ocasiones dispersión, del sentido de las decisiones judiciales adoptadas por los magistrados de la colonia en base a las disposiciones genéricas y ambiguas contenidas en la Carta de 1629 y en la interpretación del derecho tradicional inglés. Ello determinó a la recopilación de las disposiciones que se consideraban vigentes y pertinentes en orden a la regulación de los derechos de los colonos que, tras años de un exhaustivo trabajo de confección y redacción por parte del abogado Nathaniel Ward, dio lugar al texto aprobado y establecido por la Asamblea General de Massachusetts en diciembre de 1661,³⁰⁵ que se dio en conocer como el “*Body of Liberties*”, constituyendo, en palabras de PECES-BARBA, el “primer catálogo norteamericano de derechos humanos”³⁰⁶ y que, gracias a su detalle y extensión aparece como el primer documento significativamente preciso en orden a la finalidad de nuestro trabajo. Su tenor literal, en inglés, se inserta como Anexo IV.

Sobre el *Body of Liberties* indica APARISI que, junto con la base de los derechos tradicionales de los ingleses, “integra, a su vez, nuevos elementos característicos de la colonia. Así admite principios de inspiración puritana, lo que en definitiva determina que pueda ser interpretado como un ejemplo de conexión y compatibilidad entre una concepción historicista de los derechos y otra de carácter racional.”³⁰⁷

Veamos seguidamente la relación de derechos que se reconocen y protegen en el texto:

- 1.- *Derecho a la vida.*
- 2.- *Derecho al honor y a la buena reputación.*
- 3.- *Derecho a no ser arrestado si no es de acuerdo con la ley*

³⁰⁵ <http://www.mass.gov/anf/research-and-tech/legal-and-legislative-resources/body-of-liberties.html>

³⁰⁶ PECES-BARBA, G. y otros. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Ed Debate, Madrid, 1987, Pág 66

³⁰⁷ APARISI MIRALLES, A; *Op cit*, pág 264.

4.- *Derecho a no ser compelido, desterrado, desmembrado o castigado de cualquier manera si no es de acuerdo con la ley.*

5.- *Derecho a no ser privado de su esposa, hijos y bienes si no es de acuerdo con la ley.*

En todo caso la ley habrá de haber sido aprobada por la Asamblea General y haber sido objeto de publicidad suficiente.

No man's life shall be taken away, no man's honour or good name shall be stained, no man's person shall be arrested, restrained, banished, dismembered, nor any ways punished, no man shall be deprived of his wife or children, no man's goods or estate shall be taken away from him, nor any way indamaged under colour of law or Countenance of Authority, unless it be by vertue or equity of some express law of the Country warranting the same, established by a general Court and sufficiently published.....

6- *Derecho a la igualdad ante la ley y la justicia.*

Every person within this Jurisdiction, whether Inhabitant or foreigner, shall enjoy the same justice and law, that is general for the plantation, which we constitute and execute one towards another without partiality or delay

7.- *Derecho a no participar en las guerras agresivas contra otros territorios. Solo se podrá ser obligado a participar en las guerras defensivas frente a ataques exteriores siempre y cuando lo establezca la Asamblea General.*

No man shall be compelled to go out of the limits of this plantation upon any offensive wars which this Commonwealth or any of our friends or confederates shall voluntarily undertake. But only upon such vindictive and defensive wars in our own behalf or the behalf of our friends and confederates as shall be enterprized by the Counsel and consent of a Court general, of by authority derived from the same.

8.- *Derecho a la herencia libre y sin gravamen.*

All our lands and heritages shall be free from all fines and licenses upon Alienations, and from all harrlots, wardships, Liveries, Primer-seisins, year day and wast, Escheates, and forfeitures, upon the deaths of parents or Ancestors, be they natural, casual or Judicial

9.- Derecho a la participación en los asuntos públicos proponiendo la adopción de leyes, efectuando preguntas a las autoridades y presentando mociones, quejas y peticiones de forma adecuada.

Every man whether Inhabitant or foreigner, free or not free shall have liberty to come to any public Court, Counsel, or Town meeting, and either by speech or writing to move any lawful, seasonable, and material question, or to present any necessary motion, complaint, petition, Bill or information, whereof that meeting hath proper cognizance, so it be done in convenient time, due order, and respective manner.

10.- Derecho a no ser ingresado en prisión si no es en virtud de sentencia dictada en un proceso legalmente seguido

No man's person shall be restrained or imprisoned by any authority whatsoever, before the law hath sentenced him thereto, if he can put in sufficient security, bail or mainprise, for his appearance, and good behaviour in the mean time, unless it be in Crimes Capital, and Contempts in open Court, and in such cases where some express act of Court doth allow it.

11.- Derecho a emplear a otro en su propia defensa ante los tribunales.

Every man that findeth himself unfit to plead his own cause in any Court shall have Liberty to employ any man against whom the Court doth not except, to help him, Provided he give him no fee or reward for his paines. This shall not exempt the party him self from Answering such Questions in person as the Court shall think meet to demand of him.

12.- Derecho a elegir ser juzgado por un tribunal o por un jurado.

In all actions at law it shall be the liberty of the plaintiff and defendant by mutual consent to choose whether they will be tried by the Bench or by a Jury, unless it be where the

law upon just reason hath otherwise determined. The like liberty shall be granted to all persons in Criminal cases

13.- Derecho a recurrir en apelación las sentencias condenatorias.

It shall be in the liberty of every man cast condemned or sentenced in any cause in any Inferior Court, to make their appeal to the Court of Assistants, provided they tender their appeal and put in security to prosecute it, before the Court be ended wherein they were condemned

14.- Derecho a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

No man shall be twice sentenced by Civil Justice for one and the same Crime, offence, or Trespass.

15.- Derecho a no ser sometido a tortura (salvo casos especiales en crímenes capitales sobre los que haya pruebas suficientes y siempre para obtener la identidad de otros conspiradores, aunque en estos casos la tortura no podrá ser bárbara o inhumana.

No man shall be forced by Torture to confess any Crime against himself nor any other unless it be in some Capital case, where he is first fully convicted by clear and sufficient evidence to be guilty, After which if the cause be of that nature, That it is very apparent there be other conspiratours, or confederates with him, Then he may be tortured, yet not with such Tortures as be Barbarous and inhumane

16.- Derecho de acceder y obtener copias de los documentos y registros públicos.

Every Inhabitant of the Country shall have free liberty to search and view any Roles, Records, or Registers of any Court or office except the Council, And to have a transcript or exemplification thereof written examined, and signed by the hand of the officer of the office paying the appointed fees therefore

17.- Derecho a elegir a los cargos públicos

It is constant liberty of the free men of this plantation to choose yearly at the Court of Election out of the freemen all the General officers of this Jurisdiction

18.- *Derecho de las mujeres a no ser golpeadas por sus maridos, salvo legítima defensa.*

Every married woman shall be free from bodily correction or stripes by her husband, unless it be in his own defence upon her assault. If there be any just cause of correction complaint shall be made to Authority assembled in some Court, from which only she shall receive it.

19.- *Libertad de creencias y prácticas religiosas dentro del cristianismo.*

Every Church hath full liberty to exercise all the ordinances of god, according to the rules of scripture.

Los indicados son los que entendemos como derechos más sustantivos reconocidos en el *Body of Liberties*, que contiene muchos otros en sus cien disposiciones de carácter más específico e instrumental y que abarcan desde la precisa regulación del ejercicio del derecho al voto de los Diputados en la Asamblea General hasta el límite temporal en que un ciudadano puede ser llamado a formar parte de un Jurado, pasando por los derechos de los huérfanos o de los criados, sin olvidar la forma de acogida a los extranjeros. Se trata de una regulación con pretensión exhaustiva que trata de erigirse como el cuerpo normativo de referencia en la colonia y que, sin distinguir formalmente lo que hoy entendemos como parte dogmática y orgánica, enumera y reconoce derechos de verdadera dimensión fundamental con otros de dimensión más limitada. Es en todo caso un catálogo de derechos amplio y reflexivo que servirá de fundamento y guía al desarrollo de otros textos coloniales y, posteriormente, nacionales.

El sujeto activo de los derechos reconocidos en el *Body of Liberties* varía en función del derecho reconocido, predicándose en ocasiones de los habitantes de la colonia (*All the people of god within this Jurisdiction* o bien *every inhabitant*) limitándose en otras solo a los hombre libres (*The freemen of every Town or Township*) o circunscribiéndose de forma más precisa –en un adelantado sistema de

especificación de los derechos- a las mujeres (*Liberties of Women*), a los niños (*Liberties of Children*), a los criados (*Liberties of Servants*) o, en fin, a los extranjeros (*Liberties of Forreiners and Strangers*), con la curiosa peculiaridad que se reconocen también sujetos activos de carácter colectivo, como ocurre en el caso de las iglesias y confesiones religiosas (*Every Church hath full liberty*)

La estructura jurídica de los mismos obedece, como en los textos anteriores, a la propia de una relación jurídica bilateral, en la que el sujeto pasivo de los derechos, obligado al respeto de las pretensiones y libertades que los mismos reconocen y garantizan a los sujetos activos, es el conjunto de la comunidad política, que en ocasiones se personaliza en algunos de sus cargos públicos, a los que expresamente se dirigen admoniciones de prohibición o mandato (*General Court, Civil Assembly, Court, Counsel, Magistrate, or Officer*).

Los representantes de la comunidad política creada por el *pactum unionis* (que en este caso se da por celebrado con anterioridad) serán los obligados a mantener los derechos cedidos por los particulares con el *pactum subjectionis*.

E.- La *Charter of Maryland* de 20 de junio de 1632

Como nos recuerda APARISI, el componente religioso tiene una gran importancia en la Carta de Maryland de 1632 dado que el fundador de la colonia, Goerge Calvert “buscaba expresamente constituir un lugar en el que todas las religiones pudieran convivir en paz.”³⁰⁸ En ese sentido el otorgamiento de la Carta tiene lugar “Considerando que nuestro bien querido y justamente leal súbdito Caecilius Calvert, Barón de Baltimore, de nuestro reino de Irlanda, hijo y heredero de George Calvert, caballero, difunto Barón de Baltimore, de nuestro reino de Irlanda, siguiendo los pasos de su padre, animado con un loable y pío celo de extender la religión cristiana” (Anexo V). Señala CUEVA FERNÁNDEZ que Lord Baltimore, “Siendo de confesión católica, consiguió de Carlos I una Carta en 1632 que le serviría para dar refugio a creyentes de esta índole que quisieran huir del hostigamiento que sufrían en Inglaterra.”³⁰⁹

³⁰⁸ APARISI MIRALLES, A. *Op cit.*, pág 264.

³⁰⁹ CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. “De los Niveladores A Marbury vs Madison: la génesis de la democracia constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2011. Pág 192.

En cuanto al régimen de derechos, además de la ya conocida referencia genérica al reconocimiento a los futuros colonos de “*all Privileges, Franchises and Liberties of this our Kingdom of England, freely, quietly, and peaceably to have and possess, and the same may use and enjoy in the same manner as our Liege-Men born, or to be born within our said Kingdom of England, without Impediment, Molestation, Vexation, Impeachment, or Grievance of Us, or any of our Heirs or Successors; any Statute, Act, Ordinance, or Provision to the contrary thereof, notwithstanding*”, se reconoce de forma expresa y específica el que hoy entenderíamos como *derecho de participación en los asuntos públicos*, al garantizar a los habitantes del nuevo territorio el derecho a participar en la elaboración de las leyes de las colonias:

“...le concedemos a él y a sus sucesores la libre, total y absoluta potestad, según el sentido de estas presentes, para ordenar, hacer y decretar, y para publicar con sus sellos, según su razonable discreción, leyes de cualquier clase, tanto relacionadas con el estado público de dicha provincia como con el interés privado de los individuos, [todo ello] con el consejo, consentimiento y aprobación de los *freemen* de esa Provincia o de su mayoría, o de sus delegados o diputados, a quienes queremos les convoque el dicho actual Lord Baltimore, y sus herederos, y en la forma y manera que mejor les parezca, cuando y tan a menudo como la necesidad lo requiera para la elaboración de las leyes.”

La relación generada es de corte bilateral correspondiendo la titularidad del sujeto activo a todos los hombres libres de la nueva colonia y la obligación de su cumplimiento, mediante la observancia del mandato, a las autoridades coloniales como sucesoras de los privilegios de Lord Baltimore.

F.- El *Plantation Agreement of Providence* de 1640

Indica CUEVA FERNÁNDEZ que “De la colonia de Massachusetts van a separarse Providence (1636), Portsmouth y Newport (1639) o Warwick (1642) 759, al formarse grupos disidentes que intentaban escapar de su rígida estructura. En Providence, fundada en 1637 por Roger Williams, puede apreciarse la entidad del experimento del autogobierno bajo una dimensión más secularizada e influida por el Derecho privado. Sus colonos aprobaron un *Plantation Agreement* en 1640, según el cual se elegirían cinco magistrados para el gobierno genérico de la comunidad, se

reconocía la libertad de conciencia (*liberty of conscience*), quedaban fijadas normas para el arbitraje en litigios entre particulares y los miembros de la colonia perseguirían a aquellos delincuentes cuya captura fuera demandada por sus convecinos agraviados. Los redactores del documento representaban al resto de la colonia.”³¹⁰

En la misma línea apunta APARISI MIRALLES que “entre otras cosas, prometían promover las libertades (*the liberties of the town*) y muy especialmente sostener y defender la libertad de conciencia (*to houl forth liberty of Conscience*)”³¹¹

La relación de derechos que se contiene en el texto, además del referido a la libertad de conciencia, se concreta en el que hoy denominaríamos como derecho de *acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva*, que es objeto de una exhaustiva regulación procesal y preprocesal, enunciado de forma jurídica en el Agreement IV:

Agreed, that if any person damnify any man, either in goods of good name, and the person offended follow not the cause uppon the Vendor, that if any person give notice to the 5 Disposers, they shall call the party delinquent to answer by Arbitration.

La estructura de los dos derechos reconocidos encaja en la relación bilateral, correspondiendo la titularidad como sujeto activo a cualquier persona (*any person*) y la del sujeto pasivo a los órganos rectores de la ciudad, si bien con una diferencia significativa en cuanto al contenido de la prestación, ya que mientras el derecho a la libertad de conciencia tan solo requiere para su satisfacción una actitud de abstención, el derecho de acceso a la jurisdicción sí precisa de un contenido positivo prestacional, al menos en cuanto a la formación y desarrollo de la actividad del órgano judicial (el *Clerke* y los cinco *Disposers*), pero que además puede obligar en última instancia a todos los habitantes de la ciudad, como se precisa en el Agreement V: *Agreed, for all the whole Inhabitants to combine ourselves to assist any man in the pursuit of any party delinquent.* (Anexo VI)

Cabe citar en la misma evolución el *Frame of Government de Pennsylvania* de 1682 y la *Act of Privileges to a Freeman* de 1701. Como es sabido, tras la

³¹⁰ CUEVA FERNÁNDEZ, R. *Op cit*, Pág 208

³¹¹ APARISI MIRALLES, A. *Op Cit*. Pág 265

fundación de Pennsylvania por los cuáqueros con Willian Penn a la cabeza y la obtención en la Concesión real para la provincia el 11 de julio de 1681, se procede un año después a la elaboración, a manos del propio Penn, del “*Frame of Government*” como base constitucional y organizativa de la colonia. Según APARISI, “este texto estaba fundado sobre la conciencia de la necesidad de proteger la libertad religiosa, afirmando que nadie podía ser, en modo alguno, obligado a cumplir una obligación espiritual”³¹². En el mismo se estructura una Asamblea general como base de la regulación de la colonia y se garantiza la libertad de conciencia y la libertad religiosa. Fue objeto de modificación el 1696, como resultado de la disputa entre los colonos de Pennsylvania y su gobernador, a la sazón el gobernador de Nueva York., ya que Asamblea de Pennsylvania se negó a cumplir una orden real de aportar tropas para defender la frontera de Nueva York (bajo ataque de los indios y los franceses) a menos que se modificase el marco de gobierno asegurando diversos derechos del pueblo.³¹³ Se completó con la *Carta de Privilegios de Pensilvania* de 1701, que fue concedida por William Penn a sus colonos, con la aprobación de la Asamblea de la colonia, y estuvo vigente hasta la revolución de 1776. En la misma se mantiene el derecho a la libertad religiosa (*ninguna persona, habitante de esta provincia o territorios, que reconozca y admita un solo Dios todopoderoso, el Creador, Defensor y Soberano del mundo, y se manifieste obligado a vivir pacíficamente bajo el gobierno civil, en ningún caso será importunado o perjudicado en su persona o propiedad por razón de su creencia o práctica [religiosa], ni será obligado a asistir o financiar ningún culto, lugar o ministerio religioso [que sea] contrario a su opinión, o a sufrir cualquier otro acto o cosa contraria a su ideología religiosa*).

Apunta M^a Belén GARCÍA TRUJILLO que los textos de Pensilvania estaban claramente influidos por las Concesiones y Acuerdos de West New Jersey de 1777, en los que, rompiendo con la tradición británica se quiebra el dogma de la soberanía del Parlamento, el cual queda limitado por el contenido material de las determinaciones de la constitución, lo que abrirá una línea evolutiva propia a la organización política y al sistema de protección de los derechos en Norteamérica.³¹⁴

³¹² APARISI MIRALLES, A.- *Op Cit.*, Pág 268

³¹³ GRAU, L. Orígenes del Constitucionalismo Americano, Un Carlos III, 2009. Pág 461.

³¹⁴ GARCÍA TRUJILLO, M^a Belén. *El modelo americano de protección de derechos fundamentales. Primeras formulaciones*. DIALNET Pág 476

2.- La Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776.

Constituye sin duda el documento de significación política más relevante con anterioridad a la Declaración de Independencia y, por eso, un marco de referencia obligada en el proceso de declaración y protección de los derechos fundamentales que en el mismo se contienen, influyendo significativamente en declaraciones posteriores como la de Pennsylvania, Maryland o Carolina del Norte, así como en la Declaración de Independencia y en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos

La Constitución de Virginia se aprobó por una convención reunida en Williamsburg el 29 de junio de 1779 y en la misma se incluyó la Declaración de Derechos (Anexo VII) que había sido previamente aprobada el 12 de junio.³¹⁵ Como señala Rafael DE ASÍS, la Declaración expresa los rasgos más significativos del modelo americano de derechos y su evolución. Comienza, así, afirmando la naturaleza libre e independiente de los hombres y la existencia de unos derechos naturales innatos. Hace igualmente referencia al pacto, al paso al estado de sociedad y a los derechos que Locke había elevado al máximo rango: la vida, la libertad y la propiedad.³¹⁶ Su primer párrafo es claro al respecto:

Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia, a saber: el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y [su] seguridad.

Como precisa DE ASÍS, se concreta en su texto el paso de una concepción que tiene en cuenta la historia a otra exclusivamente racional, donde los derechos de los colonos ya no van a traer causa de los antiguos derechos de los ingleses, sino que aparecen como evidencias propias de la naturaleza de los hombres.

³¹⁵ DE ASÍS ROIG, Rafael.; “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en la obra colectiva Historia de los Derechos Fundamentales, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001, Pág 80

³¹⁶ DE ASÍS ROIG, Rafael. Op. Cit, pág 81

Junto a los principios políticos que residencian en el pueblo la legitimidad del poder y que lo distribuyen de forma separada en tres ramas (ejecutivo, legislativo y judicial), se proclama un núcleo de derechos que expresa la cristalización de las elaboraciones previas. Podemos enumerar los siguientes:

1.- *Derecho a la vida.*

2.- *Derecho a la propiedad privada.*

Ambos recogidos en la primera proclamación transcrita más arriba:

Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia, a saber: el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y [su] seguridad.

3.- *Derecho a la participación en los asuntos públicos.*

(...) la mayoría [de los miembros] de la comunidad tiene el indiscutible, inalienable e irrevocable derecho a reformarlo, alterarlo o abolirlo (el gobierno) como se considere que sea mejor para el bienestar público.

4.- *Derecho al sufragio pasivo*

(...) y las vacantes (del poder legislativo y ejecutivo) serán cubiertas mediante elecciones frecuentes, seguras y periódicas, en las que todos o alguna parte de los antiguos miembros [del gobierno] sean elegibles o inelegibles según determinen las leyes.

5.- *Derecho al sufragio activo.*

(...) y que tienen derecho a votar todos los hombres que prueben suficientemente tener un interés permanente en la comunidad y adhesión a ella.

6.- *Derecho a la legalidad tributaria y general.*

(..) y [dichos hombres] no pueden ser gravados con impuestos, ni su propiedad expropiada para uso público, sin su consentimiento o el de los elegidos como sus representantes; ni podrán estar obligados por leyes que no hayan sido dictadas para el bien público.

7.- Derecho a un proceso justo según el procedimiento establecido.

Que en todos los procedimientos de penas capitales o penales, la persona tiene el derecho a preguntar la causa y naturaleza de la acusación contra él, al careo con sus acusadores y testigos, a aportar pruebas exculpatorias en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial formado por sus convecinos, sin que pueda ser declarado culpable si el veredicto no es unánime; y no puede ser obligado a declarar contra sí mismo; y nadie puede ser privado de su libertad si no es en la forma prevista por la ley vigente o por sentencia [de un jurado] de sus iguales

8.- Libertad de prensa.

Que la libertad de prensa es una de las mayores protecciones de la libertad, y sólo puede ser censurada por gobiernos despóticos.

9.- Libertad religiosa.

Por lo que todos los hombres tienen el mismo derecho al libre ejercicio de la religión según los dictados de [su] conciencia;

La estructura es claramente bilateral, correspondiendo la posición de sujeto activo de los derechos reconocidos a los ciudadanos, con carácter general en el caso de los derechos individuales básicos (*todos los hombres*) o con carácter más limitado a los que reúnan determinadas condiciones en el caso de los derechos políticos (*todos los hombres que prueben suficientemente tener un interés permanente en la comunidad y adhesión a ella*).

El sujeto pasivo se define en términos amplios. En un primer lugar parece que sería el Estado, pero lo cierto es que los obligados a respetar el contenido de los derechos serán “*todos los hombres*” desde un primer momento fundacional, “*cuando*

entran en un estado de sociedad”, a partir del cual *“no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia”*. Es decir, siendo originariamente todos los obligados a respetar los derechos de todos, una vez que la sociedad se instituye formalmente, será la personificación jurídica de ésta, es decir, el Estado, quien asuma la posición pasiva de la obligación.

Y esa posición se va a clarificar de forma que se identifique de forma clara con un solo obligado, el gobierno, que será único, pues se declara expresamente: *“Que el pueblo tiene derecho a un único gobierno; y por tanto no se establecerán dentro de los límites de Virginia otro gobierno separado o independiente”*.

3.- El nacimiento de los Estados Unidos.

En el Congreso General de 1774 en Filadelfia se toma formalmente la decisión de que las colonias británicas se transformen en un nuevo estado independiente, dando carta de naturaleza a la ruptura que en el ámbito del pensamiento se venía fraguando como consecuencia de la imposibilidad de seguir manteniendo bajo el esquema de dominación inglesa a la dinámica y pujante sociedad que, desde los postulados de la igualdad formal de los individuos, se había conformado en las colonias -de hecho desvinculadas del parlamento británico y reguladas por sus propias asambleas representativas- y sujetas tan sólo a una lealtad difusa al monarca inglés, fundamentada en la protección que sobre aquellas se esperaba de éste, truncada por el consetimiento de la corona a las leyes impositvas y restrictivas sobre las actividades comerciales de los colonos y que se verá definitiva y completamente quebrada con la declaración de rebeldía y orden de represión dictada por Jorge III en la *Proclamation of Rebellion* el 25 de agosto de 1775.

Los acontecimientos históricos son sobradamente conocidos y se encuentran magistralmente expuestos en la obra de APRISIS MIRALLES y concluyen, como sabemos, con el nacimiento de un nuevo estado, los Estados Unidos de América, con la inestimable ayuda de las potencias por entonces rivales de Gran Gretaña: Francia y España ignorantes, sobre todo en este último caso, de que la

emancipación de la América inglesa iba a configurarse, necesariamente, como el modelo a seguir en los levantamientos independentistas de la América española.

No obstante, la relevancia significativa, a nuestros efectos, no se encuentra en la sucesión de los hechos bélicos sino en el contenido del documento formal de proclamación del nuevo estado: la declaración de independencia.

A.- La Declaración de Independencia de 1776.

Como señala GARCÍA PELAYO, con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776, “es la primera vez que la legitimidad-jurídico política racionalista hace entrada total y franca en la historia”³¹⁷. Tal vez ello sea una consecuencia lógica de la necesidad de desvincularse de la legitimidad política propia de Gran Bretaña, sustentada en la evolución histórica empírica y que hasta ese momento había sido invocada por los colonos atribuyéndose la condición de herederos de los tradicionales derechos de los ingleses. A partir de la Declaración, que rompe con la vinculación británica, la nueva legitimidad se fundamentará en la razón y no en la tradición. Es más, precisamente se alegará como justificación de la ruptura la oposición entre los derechos innatos iusracionalistas y el fundamento tradicional del pacto político que había sustentado el vínculo previo, “declarando la necesidad de romper ese pacto, ese vínculo político, cuando se atropellan los derechos innatos de los hombres, cometiéndose abuso y usurpaciones”.³¹⁸

El primer párrafo de la Declaración (Anexo VIII) es claramente expresivo al respecto:

Quando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario que un pueblo disuelva los lazos políticos que le han conectado con otro y adoptar entre los [demás] poderes de la tierra la condición de separado e igual [a ellos] a que le dan derecho las leyes de la naturaleza y del Dios de la naturaleza, un decoroso respeto por las opiniones de la humanidad requiere que declare las causas que le inducen a la separación.

³¹⁷ GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Universidad. Madrid, 1987. Pág 331.

³¹⁸ DE ASÍS ROIG, R. *Op. Cit.* Pág 93

En el texto de la Declaración, obra del denominado Comité de los Cinco, (John Adams, Franklin, Roger Sherman, Livingstone y Thomas Jefferson) aunque claramente tributario de la pluma de este último, se combinan prudentemente elementos prácticos, en la búsqueda de aliados para la guerra y el posterior desarrollo como estado independiente (*y que todas conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña queda, y debe de quedar, totalmente disuelto; y que como estados libres e independientes tienen todo el poder para hacer la guerra, firmar la paz, concertar alianzas, establecer comercio y ejecutar todas las demás acciones y cosas que estados independientes hacen por derecho*), junto con la apelación a principios universales que justifican la ruptura y que serán el fundamento del nuevo orden político (*Mantenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar esos derechos y obtienen sus limitados poderes del consentimiento de los gobernados*). Como diría Hamilton en 1775: “están escritos por la misma mano de Dios, como un rayo de sol, en el gran libro de la naturaleza humana, y no pueden ser borrados o ensombrecidos por un poder mortal”.³¹⁹

Los derechos y libertades de los individuos aparecen por primera vez en un texto político como límites al propio poder político, y no por virtud de un pacto o contrato con el soberano, sino por la fuerza que deriva de su razón evidente y su conexión íntima con la dignidad del ser humano. Y esos derechos se enumerarán y protegerán posteriormente en el texto de mayor rango jerárquico del ordenamiento, la Constitución, de manera que condicionen de forma vinculante al poder legislativo ordinario. Por eso, la Declaración de Independencia –como ya habían hecho las declaraciones previas de las colonias que hemos analizado más arriba- contendrán una enumeración precisa y determinada de los derechos y libertades que se reconocen y proclaman. En palabras de Michel Troper: “Si se considera, como sucede en América, que la declaración se establece únicamente para fijar los límites del poder y permitir al individuo que ejerza los derechos que posee más allá de esos límites, entonces ese texto debe comprender todo lo que es inmediatamente necesario: el derecho al jurado, las diferentes libertades, el derecho a la búsqueda

³¹⁹ TROPER, M. “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1789.” *Derechos y Libertades*, nº 8. Pág 548

de la felicidad”.³²⁰ Contrapone el citado autor la finalidad de la declaración americana con la Declaración francesa de derechos de 1789, sosteniendo – con cita de Marcel Gauchet- que la diferencia en cuanto a las funciones de cada una de las dos declaraciones ha sido claramente establecida: “En Francia se trata de fundar el poder, y en América de limitarlo”.³²¹

Dicha limitación se llevará a cabo en el plano sustantivo mediante la enumeración de los derechos naturales –junto con el procedimental de la división de poderes en el ámbito funcional y del sistema federal en el ámbito territorial- así como con el establecimiento de las reglas precisas que los protegen, lo que constituye una característica de regulación concreta y detallada ya seguida y practicada en las declaraciones, pactos y acuerdos coloniales. Los derechos, previos a la Constitución incluso en su formalización escrita, servirán así de elemento de contraste y validez de ésta, abriendo el paso al control de constitucionalidad, que rompe el dogma británico de la soberanía parlamentaria y que será de muy difícil asunción en el sistema francés por el contrasentido que supone conceptualmente que el poder que se funda en la declaración proceda, en ese mismo acto, a limitarse a sí mismo y por la misma autoridad que lo crea. De hecho, aunque es en la célebre sentencia de *Marbury v. Madison* del Juez Marshal, en 1803, donde se lleva a la práctica este control por primera vez a nivel federal en los Estados Unidos, el mismo ya se había ejercido en varias ocasiones previamente respecto de las constituciones de los estados³²². Y sin embargo, como sabemos, el control de constitucionalidad en el sistema francés no se admitirá –y de forma limitada- sino hasta la segunda mitad del siglo XX con la creación del *Conseil Constitutionnel* en la Constitución de 1958.

Pues bien, los derechos individuales que se reconocen y proclaman en la Declaración de Independencia de 1776 y que actuarán como límites al poder en toda la arquitectura jurídica e institucional posterior en los Estados Unidos son esencialmente tres, como veremos seguidamente, ya que el derecho a modificar e incluso abolir un gobierno tiránico e instituir uno nuevo, no se reconoce a los individuos, sino al pueblo en su conjunto.

³²⁰ TROPER, M. op cit, pág. 557

³²¹ TROPER, M. op. cit. Pág 550

³²² HANS-RUDOLF H. “Jueces versus diputados. La revisión judicial en América y en la Unión Europea” *Revista de Derechos del Estado*, nº 13, 2002. Pág 36

Mantenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

1.- El derecho a la vida.

Hace notar APARISI MIRALLES que Jefferson, en su redacción original, no reconocía llanamente este derecho, sino que empleó la expresión más completa de “preservation of life” (la preservación de la vida). El término “preservation” fue eliminado antes de someterlo al comité de los cinco, hay quien sostiene que la supresión fue obra de Boyd y otro se la atribuyen al propio Jefferson.³²³

Para WHITE la eliminación del término “preservation” aleja a la vida de los derechos inalienables del ser humano, propios del estado de naturaleza y anteriores al pacto, ya que sólo se puede *preservar* aquello que ya se tiene.³²⁴ Admitiendo la sutileza de este planteamiento, lo cierto es que no añade nada significativo al contenido del derecho, pues el citado autor no se atreve a dar el paso -que sería lo congruente- de afirmar que, en consecuencia, el derecho a la vida se configura en la Declaración de 1776 como propio del derecho positivo y, por ello, disponible por el estado. En consecuencia, lo más razonable sería concluir que la supresión del término “preservation” obedió probablemente a razones de estilo y no pretendía alterar la consideración del derecho a la vida con un derecho innato e inalienable, porque, además, así se proclama expresamente la declaración.

2.- El derecho a la libertad.

La mayoría de los autores coinciden en que el derecho a la libertad que se proclama en la Declaración de Independencia tiene un doble contenido, como libertad personal y como libertad religiosa.³²⁵ Parece lógico que así fuese en congruencia con el proceso de colonización de Norteamérica, en cuyos inicios destacaron sobremanera los que huían de la intolerancia religiosa en el Viejo

³²³ APARISI MIRALLES, A. *Op cit.* Pág 394.

³²⁴ WHITE, M. *The Philosophy of American Revolution*, New York, Oxford University Press, 1978. Pág 206

³²⁵ Ver, entre otros, APARISI MIRALLES, A “La Declaración de Independencia americana de 1776 y los derechos del hombre” *Revista de Derechos Políticos* ° 70. Oct-Dic 1990. Pág 220. y GARCÍA PELAYO, M. *Op cit.* Pág 443.

Continente y ansiaban establecerse en un lugar en el que cada cual pudiese practicar el culto religioso que profesara sin obstáculos ni inconvenientes. Es uno de los derechos básicos que se proclama reiteradamente en los pactos, cartas, acuerdos y declaraciones que se producen durante el periodo colonias, como hemos analizado más arriba.

Apunta en el mismo sentido APARISI MIRALLES que “La Declaración de 1776 contempla facetas representativas de las dos dimensiones de la libertad, la positiva y la negativa: alude expresamente a que el poder político de todo gobierno emana del consentimiento de los gobernados e implícitamente ampara la libertad de conciencia”.³²⁶ La misma autora transcribe una expresiva cita de BAYLIN sobre la relación entre la libertad civil y la libertad de conciencia: “las dos contiendas por la libertad eran una sola...el éxito de la una dependía del éxito de la otra”³²⁷, precisando que la libertad de conciencia implícitamente incluía, junto a la libertad religiosa, la libertad de opinión y la de prensa.

3.- *El derecho a la búsqueda de la felicidad.*

Si recordamos el texto de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (Anexo VII) comprobamos que en el primer párrafo ya se hacía referencia al derecho de todos los hombres a “*buscar y obtener la felicidad y [su] seguridad*”. No se trata por lo tanto de un concepto nuevo en el contexto norteamericano y ya había sido incluido cinco veces por John Adams en la Constitución de Massachussets y Washington se refirió reiteradamente a la felicidad en su “*Circular Letter to the States*” de 1783.³²⁸

En la Declaración de Independencia se incluyó por obra de Jefferson, fruto de sus experiencias vitales y con un contenido muy concreto: mientras que en el Viejo Continente la felicidad en la vida se hallaba reservada a unos pocos privilegiados por la fortuna, en América, todos debían de gozar del derecho a alcanzarla por su propio esfuerzo personal, lo que consideraba que ya constituía una realidad en el Nuevo Mundo como consecuencia de la inexistencia de una sociedad estamental. Así,

³²⁶ APARISI MIRALLES, A. *La Revolución Norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1995. Pág 395.

³²⁷ BAYLIN, B. *Los orígenes ideológicos de la Revolución Americana*. Ed Piados, Argentina, 1972. Pág 242

³²⁸ APARISI MIRALLES, A. *La Revolución. op cit*. Pág 398

señala COMMAGER que el concepto de felicidad en Norteamérica hacía referencia al progreso material, no tanto como sinónimo del derecho de propiedad (que, como vemos, no se incluyó en la Declaración) sino como posibilidad de disfrutar, gracias al esfuerzo personal, de las condiciones necesarias para poder disfrutar de una vida digna, entendiendo por tal la que se desenvuelve con buena salud, con un trabajo digno libremente elegido, con igualdad de oportunidades.

Parece pues que el derecho a la búsqueda de la felicidad que se proclama en la Declaración de Independencia está íntimamente ligado al concepto de igualdad, al menos en su sentido formal. En este sentido, COMMAGER lo calificará como un derecho democrático frente al privilegio elitista de la Vieja Europa.³²⁹

En cuanto a la estructura de los derechos que se contienen en la Declaración de Independencia hay que señalar que, dado que no estamos frente a un texto jurídico sino esencialmente político, resulta tal vez inadecuado tratar de perfilar un patrón de la relación jurídica que puede derivarse de los derechos proclamados. Si en la posición del sujeto activo de los derechos podrían situarse, sin grandes dificultades, los habitantes de las colonias -en cuanto representantes concretos en ese ámbito territorial y coyuntural de todos los hombres- no se configura con tanta claridad la posición del sujeto pasivo. ¿Frente a quien se están proclamando los derechos? ¿frente a la humanidad en su conjunto? ¿frente al Parlamento inglés? con respecto del que, en ese mismo texto, se rompe cualquier tipo de vinculación -tanto jurídica como política, ¿frente al resto de los estados del mundo ante los que se trata de justificar el acto de rebeldía? ¿frente a las autoridades, aún inexistentes, del nuevo estado cuya independencia y nacimiento se proclama?

La cuestión no parece sencilla. Trataremos de profundizar en la misma en el apartado que más adelante se dedicará de forma específica al análisis de la relación jurídica de los derechos proclamados en las revoluciones liberales.

³²⁹ COMMAGER, H.S. "Jefferson y la Ilustración" en WEYMOUTH, L. (editor). Thomas Jefferson, *El Hombre...Su Mundo....Su influencia*. Madrid, Editorial Tecnos, 1986. Pág 71

B.- Las primeras diez enmiendas a la Constitución norteamericana.

Recuerda GARCÍA-PELAYO que “... las colonias, una vez independizadas de la metrópoli, había de proveer a su propia organización política, si bien no todas consideraron necesario establecer *in toto* una nueva constitución.”³³⁰

Tras un primer paso logístico que conduce a la Confederación, para atender a las necesidades derivadas de la conducción de la guerra, el Congreso aprueba el 5 de noviembre de 1777 los *Articles of Confederation* que, con la finalidad de establecer una Confederación y unión perpétua entre los Estados, otorga al Congreso, concebido como una Confederación de embajadores, poderes limitados para la dirección de la política exterior, la conducción de la guerra, la conclusión de la paz y el establecimiento de un sistema postal y de pesos y medidas, reteniendo la soberanía cada uno de los nuevos estados que habían surgido de la colonias. Finalizada la guerra se producen varias propuestas dirigidas a obtener un mayor grado de unión entre los estados; entre ellas destaca la formulada por el Estado de Virginia en 1786 para celebrar una nueva convención el año siguiente, en Filadelfia, con la finalidad de revisar los “Artículos”. En febrero de 1787, el Congreso convoca una Asamblea con la misma finalidad; dicha Asamblea el 25 de mayo abandona la técnica de la revisión parcial de los “Artículos” y elabora un proyecto de constitución, que se firma el 17 de septiembre y que posteriormente, en medio de una gran lucha de propaganda –en la que destacan los artículos de Hamilton, Madison y Hay, reunidos después en *El Federalista*³³¹– fue ratificado por la mayoría de los Estados.³³² Tras el proceso de ratificación y una vez alcanzado el número suficiente de Estados, el Gobierno creado por la nueva Constitución comenzó a ser operativo el 4 de marzo de 1789.

El texto constitucional expresa diversos compromisos entre fedearllistas y antifederalistas, Estados grandes y pequeños, Norte y Sur, principio democrático y elista.³³³ Apunta Laura GARCÍA PORTELA que “la nueva Constitución construía una

³³⁰ GARCÍA-PELAYO, M. *Op cit.* Pág 332.

³³¹ Para ver una síntesis de los artículos publicados en *El Federalista*, ver LORENTE, Marta. “Reflexiones sobre la Revolución”, en *Historia de la Teoría Política*. Tomo 3.- Coord. Fernando Vallespin. Alianza Editorial, Madrid, 1995. Págs 214 y ss

³³² GARCÍA-PELAYO, M. *Op. Cit.*- Págs 335-336

³³³ FERRANDO BADÍA, Juan. *Regímenes Políticos Actuales*. Ed Tecnos, Madrid, 1995, Pág 547: “La Constitución federal elaborada en Filadelfia fue una alianza operativa entre los poderes económicos y los

República federal con un fuerte poder central, al tiempo que permitía que parcelas de potestad legislativa quedaran en manos de los Estados. La estructura de los poderes siguió la senda marcada por los problemas de esos años. La política fiscal y de moneda se depositó en manos del gobierno federal. También la política exterior, diplomática y comercial. Todo garantizado por la suprema autoridad del poder de la nación, formado por el Presidente y el Congreso bicameral. El equilibrio constitucional de poderes, por el que Ejecutivo y Legislativo eran interdependientes y de similar potencia, conocido como sistema de *checks and balances* se consideró el remedio idóneo para *suavizar y dominar la violencia del espíritu de partido* y para combatir la anteriormente poderosa *tiranía legislativa*.³³⁴

La Constitución entró en vigor sin una declaración o carta de derechos. Esta circunstancia, -que para algunos se debió a una simple “laguna”³³⁵- obedeció sin duda a causas diversas, siendo entre ellas posiblemente las más relevantes la circunstancia de contar ya la mayoría de los Estados con constituciones que incluían declaraciones de derechos -y que otorgaban una protección que se consideró suficiente- o la de considerar que no era necesario garantizar unos derechos específicos frente a la nueva organización política de la Unión, toda vez que la misma carecía de competencia para legislar sobre unos derechos que la Declaración de Independencia ya había declarado previos e inalienables. Probablemente, en realidad, todo obedeció a una razón más práctica, la búsqueda de un compromiso entre unos Estados que no veían adecuado establecer una carta de derechos en el texto constitucional y que hubiese impedido la ratificación de la Constitución de haberse impuesto su inclusión y otros Estados que exigían su inclusión y que en el momento constituyente se conformaron con la promesa de que la misma se efectuaría una vez entrado en vigor el texto constitucional.³³⁶

criterios aristocráticos, cuyo resultado fue un texto que, bajo la compleja interrelación entre los poderes, escondía un profundo recelo frente a la sencilla operatividad del principio democrático de gobierno por mayoría, pero que, no obstante, creaba un gobierno central firmemente estructurado en el que el poder no se encontraba concentrado en ningún órgano.”. En el mismo sentido TOUCHARD, Jean. Historia de las Ideas Políticas. II.- Ed. Círculo Universidad. Barcelona, 1990. Págs 89-90.

³³⁴ GARCÍA PORTELA, Laura. “La revolución americana: una revuelta desde y contra Inglaterra.” *Revista Historia Autónoma*, nº 5.- 2014. Universidad de Valencia. Pág 60.

³³⁵ BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*, Ed Tecnos. Madrid, 1987, Pág 703. “Solo la Constitución federal de 1787 no va precedida por documento alguno parecido (declaración de derechos; pero la laguna se advirtió pronto, y entre 1787 y 1789 se formularon sus diez primeras enmiendas que, precisamente, conciernen a tan delicada materia, las cuales entraron en vigor en 1791”.

³³⁶ En este sentido se pronuncia TROPER cuando afirma “el *Bill of Rights* no obedeció al afán de imitar a los franceses, sino a la necesidad política, reconocida por Madison, de obtener la ratificación de los Estados que lo

Señala Rafal DE ASÍS que: “Entre las tareas que parecían contar con relativa urgencia estaban las de materia tributaria y judicial, pero sobre todo se recuerda la necesidad y la petición de los Estados de realizar una Declaración de Derechos. Ésta, en forma de enmiendas al texto constitucional, fue realizada casi en su totalidad por Madison”.³³⁷

Como apunta RODRÍGUEZ PANIAGUA: “la idea de llevar este reconocimiento de los derechos a una declaración constitucional tenía que resultar fácil en un ambiente que se venía desarrollando desde el principio en marcos constitucionales”, ya que puede decirse que “las cartas y ordenanzas de las compañías comerciales, las concesiones reales y el mismo pacto del Mayflower podían ser consideradas como Constituciones más o menos rudimentarias”, añadiendo que “con mucha más razón pueden ser consideradas como tales otras disposiciones posteriores, como las que adoptaron los fundadores de la colonia de Connecticut, para regirse con independencia de Massachusetts, las Órdenes Fundamentales de Connecticut, de 1639”.³³⁸

Concluye DE ASÍS ROIG que “el 1 de marzo de 1792, Jefferson anuncia la aceptación de las primeras diez enmiendas. Así, puede decirse que en ese año se completó el camino constitucional...”

Las diez primeras enmiendas se propusieron el 25 de septiembre de 1789 y entraron en vigor, con su ratificación, el 15 de diciembre de 1791. Considera Jean TOUCHARD que: “Las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos constituyen una verdadera declaración de los derechos del hombre, en la línea de Locke. Esta declaración difiere de las declaraciones europeas en el sentido de que sus prescripciones son aplicables por los tribunales. Aporta, por consiguiente, una garantía efectiva y no una simple declaración de intenciones.”³³⁹

Los derechos que se reconocen en las mismas (Anexo IX) son los siguientes:

impusieron como condición”. TROPER, M. “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1789.” *Derechos y Libertades*, nº 8. Págs 544-545

³³⁷ ASÍS ROIG, Rafael de. “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales, tomo II, volumen III*, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001 Pág 54

³³⁸ RODRIGUEZ PANIEAGIA, J.Mª. “Derecho Constitucional y Derechos humanos en la Revolución norteamericana y francesa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 19, pág 58

³³⁹ TOUCHARD, Jean. *Historia de las Ideas Políticas. II.*- Ed. Círculo Universidad. Barcelona, 1990. Pág 89.

- 1.- *Libertad religiosa*. Primera enmienda
- 2.- *Libertad de expresión*. Primera enmienda.
- 3.- *Libertad de prensa*. Primera enmienda
- 4.- *Derecho de reunión*. Primera enmienda
- 5.- *Derecho de petición*. Primera enmienda

Las libertades y derechos señalados se reconocen y protegen disponiendo que el Gobierno podrá hacer una Ley que los impida o coarte.

- 6.- *Derecho a poseer y portar armas*. Segunda enmienda.

Que se reconozca en términos genéricos al “pueblo” prescribiendo que dicho derecho “no se violará”.

7.- *Derecho a no alojar militares en el domicilio de los civiles en ningún caso en tiempo de paz, salvo consentimiento, ni en tiempo de guerra si no es de conformidad con la ley*. Tercera enmienda.

- 8.- *Derecho a la inviolabilidad del domicilio*. Cuarta enmienda

Que se extiende a los documentos (papeles) y efectos personales y se sujeta y condiciona al cumplimiento de requisitos procesales precisos.

9.- *Derecho a un juicio a través del debido proceso legal*. Quinta, Sexta y Séptima enmienda.

Que incluye el juicio por jurado, el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, el derecho a no declarar contra sí mismo (Quinta enmienda), así como al jurado predeterminado por la ley, a ser informado de la acusación, a la prueba mediante testigos y a la defensa de un abogado (Sexta enmienda), aplicándose las mismas reglas también en los juicios de derecho consuetudinario (Séptima enmienda)

- 10.- *Derecho de propiedad*. Quinta enmienda.

Del que no se podrá ser privado si no es para el uso público y con justa indemnización.

11.- *Derecho a la proporcionalidad de fianza, multas y penas.* Octava enmienda.

12.- *A la Aplicación del derecho más favorable.* Novena enmienda.

En la décima enmienda se establece la competencia residual de los Estados (o del pueblo) respecto de todos aquellos poderes que no se hayan delegado de forma expresa en la Unión ni hayan sido prohibidos a los Estados.

La estructura de los derechos reconocidos en las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos parece obedecer a la propia de una relación jurídica bilateral, en la que el sujeto activo serán los ciudadanos, a los que se hace referencia en ocasiones de modo genérico, invocando al *pueblo* (enmienda primera) o utilizando el término *nadie* (quinta enmienda), mientras que en otras se hace mención expresa de los *habitantes* (cuarta enmienda). El sujeto pasivo parece identificarse claramente con el Estado Federal a través del Congreso (primera enmienda), aunque implícitamente llega a admitirse que también pueden resultar obligados por los derechos reconocidos tanto los Estados federados como incluso el pueblo, en la medida en que pudiera corresponder a estos el ejercicio de poderes no delegados expresamente en la Unión (enmienda décima).

Tal vez quien mejor haya explicado entre nosotros la sistemática de los derechos individuales en el sistema constitucional norteamericano haya sido Manuel GARCÍA PELAYO, quien reconoce la imprecisión en la definición del sujeto activo de los mismos (que va desde el *pueblo* a los *ciudadanos de los Estados Unidos*), afirma su configuración como limitaciones al poder político (ya sea el de la Federación o el de los Estados) pero también como elementos de defensa del individuo frente a los diversos grupos sociales autónomos y pujantes, tanto económicos como raciales, así como de los grupos minoritarios frente a los mayoritarios.

Clasificará los derechos en sustantivos y procesales, subdividiendo los primeros en derechos de libertad personal por un lado y derechos democráticos de otro; todo ello según el siguiente esquema:

1.- Derechos sustantivos:

1.1.- Derechos de libertad personal

- Libertad religiosa
- Libertad personal
- Inviolabilidad del domicilio
- Libertad de palabra y de prensa
- Libertad de reunión y de petición.
- Derecho de propiedad
- Inalterabilidad legal de las cláusulas contractuales

1.2.- Derechos democráticos.

- Igualdad ante la ley
- Derecho de sufragio

2.- Derechos procesales.

- Prohibición de acto legislativo sancionador del individuo
- Irretroactividad de la ley
- *Habeas Corpus*
- Derecho al juicio ppr jurado para la acusación y el fallo.
- Debido procedimiento legal (*due process of law*)

Concluye el citado autor señalando que “la masa principal de derechos está solo garantizada frente a los poderes federales, pero no frente a los estatales, al tiempo que otros lo están frente a los Estados, pero no frente a la Federación”. Recuerda que “es patente que ciertos Estados han obstaculizado la vigencia de los derechos individuales o no les han proporcionado una defensa adecuada frente a los poderes sociales, por lo que es comprensible que hayan tenido lugar varios intentos para colocar el conjunto de los derechos individuales bajo la garantía inmediata y directa de la Federación”. La mayoría de esos intentos han pasado por la pretensión de que el Tribunal Supremo asumiera su defensa frente a los Estados, aunque lo cierto es que no han tenido éxito. La vía de la acción legislativa,

impulsada principalmente con el mensaje del Presidente Truman al Congreso el 2 de febrero de 1948, tampoco ha sido muy eficaz y ha quedado reducida, en la práctica, al establecimiento de comisiones de derechos civiles para revisar la política y práctica de protección y respeto de los derechos.³⁴⁰

Capítulo 3.- Declaración de los Derechos del Hombre de 1789.

Volvemos ahora a situarnos en el ambiente revolucionario francés, del que surgió la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Concluíamos en páginas anteriores la exposición de los hechos que, ya en el seno de la Asamblea Constituyente francesa, propiciaron la elaboración de la Declaración, señalando que habiéndose iniciado el 20 de agosto la aprobación del Preámbulo, se concluyó el 27 del mismo mes con la aprobación del artículo 17, que sería el último. Recordábamos también el conflicto surgido entre la Asamblea y el monarca, con los intentos por parte de éste para simplemente “acceder” a la Declaración presentada por aquella y que concluirá, tras la presión ciudadana en sede parlamentaria, con la resignación y derrota del monarca que se tiene que limitar a manifestar: *“Acepto pura y simplemente los artículos de la Constitución y de la Declaración de derechos del hombre que la Asamblea Nacional me ha presentado”*. Afirmábamos que, en ese momento, el poder del monarca como encarnación del sistema del Antiguo Régimen se perdería definitivamente en la noche de la historia (junto con su vida que, cómo último símbolo, se le arrancaría también al poco tiempo). Entendíamos que así el ciclo inicial de la ruptura había concluido. Y decíamos inicial porque si en Norteamérica la ruptura con el sistema tradicional inglés –y con sus fundamentos– sería definitiva a partir de 1776, en Francia se vivirán posteriormente episodios tentativos de restauración durante el siglo XIX, aunque ya jamás podrá recomponerse la relación quebrada con la ruptura inicial de 1789.³⁴¹

Expuestos pues los acontecimientos históricos en otro lugar de este trabajo, procede en este momento, una vez analizadas las declaraciones norteamericanas,

³⁴⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Universidad. Madrid, 1987, Págs 442-452.

³⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Los textos de la Revolución Francesa”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II, Volumen III. Ed Dykinson. Madrid, 2001. Págs 212-213.

por ser anteriores en el tiempo, estudiar más detenidamente la que les sucede cronológicamente y que ha pasado a la historia con más pretensión de universalidad: la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 (Anexo X).

La literatura sobre el alcance, naturaleza y significado de la Declaración francesa de 1789 es, como es sabido, ingente. Con el propósito de situar el texto en la línea del objeto de nuestro trabajo cabe traer a colación las consideraciones de PECES-BARBA que afirma: “quizá el significado más radical de la Declaración francesa... es que expresa la fundamentación del naciente Estado liberal. Responde a las preguntas ¿Quién manda?, sustituyendo al monarca por la soberanía nacional; ¿cómo se manda?, estableciendo el imperio de la Ley, a la Ley como garantía de la libertad (arts. 5 y 6); y a ¿qué se manda?, señalando unos contenidos materiales que son los derechos que el hombre de aquel tiempo consideraba fundamentales – garantías penales y procesales, (arts. 7,8 y 9), libertad de opinión, incluida la religiosa (art. 10), libertad de expresión (comunicación de los pensamientos) y de imprenta (art.11), derecho de propiedad (art. 17).”

Sobre el contenido de los derechos continúa afirmando el mismo autor que “Los derechos que se reconocen en la Declaración son representativos de los valores e intereses puestos de manifiesto en defensa del individuo desde el tránsito de la modernidad, derechos individuales, garantías procesales, participación política y propiedad, con el común denominador de la limitación del poder. En ese sentido hay una línea de continuidad en la evolución de los derechos humanos desde su origen, en el tránsito a la modernidad y hasta 1789, que cerrará el primer ciclo, el de inspiración liberal.”³⁴²

La Declaración de 1789 se aleja de las reivindicaciones de las clases populares que habían forzado la resistencia del monarca, como gráficamente describe RODRIGUEZ PANIAGUA al señalar: “A pesar de este influjo de la presión popular, las concesiones a las aspiraciones que sustentaban esa presión fueron más aparentes que reales, lo mismo en la Declaración que en la abolición del feudalismo. (...) En la Declaración porque, tras una prosa atractiva, que por su concisión y

³⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Los textos de la Revolución Francesa”, en *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II, Volumen III. Ed Dykinson. Madrid, 2001. Pág. 213 RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. “Derecho Constitucional y Derechos humanos en la Revolución norteamericana y francesa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 19.

vaguedad se prestaba a ser interpretada en diversos sentidos, lo que realmente se concedía o declaraba no correspondía exactamente a las aspiraciones populares”.³⁴³ El autor llega incluso a negar la exacta correspondencia con la realidad de que la Declaración es la expresión genuina de los intereses de la burguesía, afirmado, con cita de G. Lefèbvre que: “Tampoco puede decirse que sus artículos sean representativos de las aspiraciones características de la burguesía: seguramente es la libertad económica a lo que tiende la burguesía por encima de todo; pero la buscaremos en vano en la Declaración.”

La influencia de las declaraciones americanas de derechos, especialmente la de Virginia, en la Declaración francesa de 1789 ha sido también un asunto objeto de debate y polémica. En un estudio realizado por Michel TROPER sobre el valor y rango normativo que los jueces franceses otorgan en la actualidad a la Declaración da buena cuenta de la cuestión. Iniciado el debate en 1902 por Jellinek afirmando la clara influencia de los textos americanos sobre la Declaración francesa –con la intención implícita de afirmar, en consecuencia el origen alemán de las ideas revolucionarias, por virtud de su raíz protestante-, se continuó en sentido contrario por Emile BOTMY, afirmando que la Declaración de 1789 nada debía a los Estados Unidos y menos aún a Alemania, ya que era “la manifestación más brillante del espíritu latino de finales del siglo XVIII”.³⁴⁴ Alineados posteriormente en el primer bando autores como G. Chinard y en el segundo otros como Nicolas Wahl, llega incluso a afirmarse por Gordon Wood que, en realidad, la influencia se produjo en sentido inverso de Francia sobre América. En el centro de todas las corrientes y como sustrato fáctico de las mismas se encuentra la persona de Jefferson y el estudio de las relaciones que mantuvo con la sociedad política francesa durante el proceso revolucionario, en su condición de embajador ante Francia de los nacientes Estados Unidos de América.

No es este el momento para inclinarse sobre una u otra de las interpretaciones, siendo tan solo significativo y procedente -al objeto de nuestro estudio- para intentar aclarar el alcance jurídico que los autores de la Declaración quisieron dar a los derechos proclamados en la misma, considerar con TROPER

³⁴³ RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M. “*Derecho constitucional....*” Cit. Págs 67 y 68

³⁴⁴ TROPER, Michel “Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”. Pág 542

(para quien, sobre este aspecto, sí es relevante el análisis de la correspondencia de Jefferson con los políticos e intelectuales franceses) que: “La Declaración de Derechos de 1789, al igual que las declaraciones americanas, no es para sus autores un acto de voluntad sino un auténtico acto declarativo de unos derechos que le preexisten.”³⁴⁵

En un sentido similar, Annah ARENDT habla del “papel preponderante que desempeñó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano durante el curso de la Revolución Francesa, donde estos derechos no fueron entendidos como las limitaciones a que está sometido todo gobierno legítimo, sino, al contrario, como su propia fundación.”³⁴⁶

Es cierto, como señala Monique LIONS, que “lo que se manifiesta en este fin de siglo era el espíritu crítico, erguido contra el principio de autoridad y levantado contra la doctrina del derecho divino, con todo el vigor de la filosofía individualista *des lumières*, o sea, de la Ilustración”.³⁴⁷ Pero también lo es la reflexión de Francesc CARRERAS cuando afirma que: “Como en tantos documentos transcendentales en la historia. La Declaración francesa de derechos, en la redacción final, es más producto de una aparentemente inspiración improvisada que de un debate científico y riguroso. Parece extraño y casi imposible que en seis días un conjunto de hombres - la mayoría grises políticos del momento y no los cerebros pensantes de la revolución- elabore un documento completo y profundo, expresado con claridad y sencillez”.³⁴⁸

La relación de derechos reconocidos y proclamados en la Declaración de 1789 (Anexo X) es la siguiente:

- Derecho a la libertad (artículos 1, 2 y 7)
- Derecho a la igualdad (artículo 1)
- Derecho a la propiedad (artículos 2 y 17)
- Derecho a la seguridad (artículo 2)

³⁴⁵ TROPER, M. Op. Cit. Pág 550.

³⁴⁶ ARENDT, Annah. *Sobre la Revolución*. Alianza Universidad, Madrid, 1998. Pág 150.

³⁴⁷ LIONS, M. “Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. En *Bicentenario de la Revolución Francesa*. Ed UNAM. México, 1991. Pág 148.

³⁴⁸ DE CARRERAS, F. “La Declaració dels drets de l’home i de ciutadà del 1789”. *200 anys de drets humans*. Ed. Parlament de Catalunya. Barcelona. 1989. Pág 26.

- Derecho de resistencia a la opresión (artículo 2)
- Derecho a la legalidad (artículos 5, 7 y 8)
- Derecho de participación en los asuntos públicos (artículos 6 y 14)
- Derecho a la proporcionalidad sancionadora y procesal (artículos 8 y 9)
- Libertad de opinión (artículo 10)
- Libertad religiosa (artículo 10)
- Libertad de expresión y de imprenta (artículo 11)
- Derecho a la equidad y proporcionalidad impositiva (artículo 13)

El célebre artículo 16 que proclama: *Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*, se configura no como un derecho individual, sino como un principio de organización política que será el presupuesto de la garantía efectiva de los derechos y la clave de bóveda del Estado liberal de Derecho que la propia Declaración alumbra.

Expuestas aquí las características de las declaraciones liberales de derechos, procede adentrarnos en el estudio de la relación jurídica que define su estructura y contenido.

Capítulo 3.- La estructura jurídica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en las declaraciones liberales.

En congruencia con el análisis que hemos realizado a lo largo del trabajo, podemos afirmar en estos momentos que en las declaraciones liberales de derechos que se proclaman en las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII, los derechos fundamentales se reconocen y declaran como derechos subjetivos³⁴⁹, en

³⁴⁹ En este sentido es ilustrativo el estudio de M^a Carmen BARRANCO AVILÉS, que en su obra *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Ed Dykinson, Madrid, 2000, afirma “Efectivamente, los derechos fundamentales y la categoría del derecho subjetivo responden a la misma inspiración liberal-individualista” (Pág 261. Citando a continuación a los autores que han llegado a la misma conclusión en nuestro ámbito; entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europea tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994 (Pás 47-96); LEGAZ LACAMBRA, L, *Filosofía del Derecho*, 5^a edición, Barcelona, Bosch, 1979. Pág 732, y CASTÁN TOBEÑAS, J, *Los derechos del hombre*, 3^a edición, Reus, Madrid, 1985, Pág. 25. También en el mismo sentido RODRÍGUEZ-TOUBES, SEÑALA “La pregunta sobre la naturaleza de los derechos humanos... sugiere también aspectos nuevos, el más importante de los cuales es poner de relieve que son derechos subjetivos”, en RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ J., *La razón de los derechos*. Ed Tecnos, Madrid, 1995, Pág 31.

alguna de las dos acepciones que, de forma simplificada, esbozábamos en el capítulo introductorio, y que ahora recordamos.

Decíamos allí que, cualquiera que sea la definición que pueda darse del concepto de derecho subjetivo, de entre las muchas existentes, lo cierto es que, en la actualidad, al utilizar la expresión "derecho subjetivo", estamos haciendo referencia, fundamentalmente a dos aspectos:

1º) A una facultad, a un poder de disposición que le corresponde a un sujeto respecto de una cosa y/o frente a otro u otros sujetos y que el primero puede esgrimir ante los tribunales de justicia, puede hacer valer en juicio, obteniendo así la protección y ayuda del poder coactivo estatal para satisfacer su pretensión.³⁵⁰

2º) A la circunstancia de que la facultad o poder con que cuenta un sujeto lo tiene precisamente por su condición de ser humano, al margen, por el momento, de que respecto de tal facultad el ordenamiento jurídico realice exclusivamente una función de mero reconocimiento o de atribución.

La primera de las acepciones se encuadraría en lo que BARRANCO AVILÉS denomina punto de vista interno del derecho subjetivo y la segunda se incardinaría en el punto de vista externo.³⁵¹ Coincidimos con la citada autora cuando, tras exponer las teorías relevantes al respecto, concluye afirmando que “Cuando en la cultura jurídica española se señalan los derechos subjetivos como la estructura en la que aparecen los derechos fundamentales, se hace desde el entendimiento de que con ellos se protege un bien mediante la ubicación del sujeto en una determinada posición jurídica”.³⁵²

Partiendo de estas acepciones básicas y con el recorrido histórico ya efectuado, junto con la fundamentación ideológica expuesta, procede adentrarnos seguidamente en un análisis más detallado, no tanto del concepto –por entender que

³⁵⁰ En la misma línea, Riccardo GUASTANI, define el derecho subetivo como “una pretensión conferida a un sujeto (a a una clase de sujetos) frente a otro sujeto (o a otra clase de sujetos) a los que se impone un deber (una obligación) correlativo”. “Derechos” en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, pág 180.

³⁵¹ BARRANCO AVILÉS, M.C. Op. Cit. Pág 271.

³⁵² BARRANCO AVILÉS, M.C. Op. Cit. Pág.282. Y continúa añadiendo que “La discusión sobre cuál sea ese bien, a cuyo servicio se orientan los derechos como técnica, forma parte del punto de vista externo y es que, en definitiva, coincide con la discusión sobre ell contenido dek que haya que dotar a la idea de Dignidad”.

éste ha de concebirse más bien como una consecuencia que como un presupuesto de lo que define- sino del armazón interno del derecho subjetivo y de los elementos que lo integran.

Entenderemos por estructura jurídica de un derecho subjetivo *el conjunto integrado por los elementos necesarios para que el mismo pueda desplegar sus efectos jurídicos en el orden social, así como la forma en que estos se relacionan*. Y por ello, formarán parte de la estructura de los derechos subjetivos el sujeto activo, el sujeto pasivo, el contenido, el operador deóntico y la relación jurídica.

El contenido del derecho consiste en *la concreta determinación de la conducta que su ejercicio determina en los integrantes del cuerpo social*. Se manifiesta *en un dar, en un hacer o en un no hacer* en función del operador deóntico que el derecho incorpora.

El operador deóntico configura un *mandato, una prohibición o un permiso*. En los dos primeros casos determina la conducta del sujeto activo, en el tercero la del sujeto pasivo.

El sujeto activo es *la persona facultada por el ordenamiento jurídico para exigir la conducta determinada por el contenido del derecho*

El sujeto pasivo es *la persona obligada por el ordenamiento jurídico para realizar la conducta determinada por el contenido del derecho*.

La relación jurídica es, en sentido estricto, *el vínculo jurídico creado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del derecho en orden a la realización de su contenido*, y en sentido amplio, *el conjunto integrado de elementos que garantizan la eficacia del vínculo jurídico*.

Pretender ser original con estos conceptos nucleares de la Teoría Jurídica a estas alturas, puede parecer, a primera vista, cuando menos, temerario por no decir presuntuoso. En realidad, como luego veremos, sólo se trata de una simplificación de las distintas formulaciones ofrecidas por la doctrina, preséntándolas, eso sí, de la forma que entiendo más conveniente al objeto de nuestro estudio. Sí trataré, no

obstante, de aportar algo más de originalidad en relación con un elemento de la estructura del derecho que, aunque no puede decirse en puridad que sea nuevo, ha sido menos tratado en la literatura científica por haberse confundido habitualmente con el sujeto pasivo al ocupar una posición similar, desde el orden práctico; me refiero al *garante*, que trataremos de definir, también de forma orientada, seguidamente.

Entendemos por garante al *sujeto o institución llamado en último término por el derecho objetivo a asegurar el ejercicio efectivo del derecho subjetivo*. En consecuencia, el operador deóntico que determina la conducta del garante será siempre *de mandato*.

Pues bien, lanzados así los conceptos enunciados sobre la mente del lector para intentar configurar en la misma una primera impresión que facilite las argumentaciones posteriores, procede, antes de proseguir, tratar de demostrar que no constituyen en ningún caso saltos en el vacío, sino que se ajustan, en esencia, a la ortodoxia científica previa.

En este sentido y empezando por la primera de las expresiones definidas, la de *estructura jurídica del derecho*, afirma al respecto M^a del Carmen BARRANCO AVILÉS que: "...interesan desde el punto de vista interno, los aspectos de la *posición* y la *garantía*, que conforman la estructura del derecho subjetivo en cuanto éste se entiende como técnica susceptible de dar acomodo a los derechos fundamentales".³⁵³ El otro elemento de la clasificación ofrecida por Robert ALEXY³⁵⁴, el *fundamento* de los derechos, que haría referencia al derecho moral o al valor del titular protegido, ya se situaría en el punto de vista externo y quedaría fuera del objeto de este trabajo,³⁵⁵ aun sin desconocer su utilidad como criterio interpretativo de los elementos que integran la estructura interna del derecho subjetivo.

³⁵³ BARRANCO AVILÉS, M^a Carmen. *Op. Cit.*, Pág 272.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1993. Págs 178-179.

³⁵⁵ En el estudio del fundamento del derecho subjetivo son clásicas las teorías que lo sitúan bien la protección de una voluntad o bien en la protección de un interés; con las segundas se justificaría la existencia de derechos cuyo ejercicio se atribuye a personas distintas del titular (en el caso de menores o incapaces, p.ej.). Defienden las llamadas teorías de la voluntad autores clásicos como Savigny, Puchta o Windscheid, y más recientemente Bierling, Zitelman, Binder, Del Vecchio, Hart, Sumner o Wellman; y como sostenedores de las teorías del interés, es obligada la cita de Ihering entre los clásicos, además del utilitarismo de Bentham, y, en la actualidad, de MacCormick, Raz o Lyon. Puede verse un resumen de las posturas de todos ellos en WALDRON, J.

Desde una perspectiva de arquitectura constitucional, DÍAZ-OTERO considera que la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 dará lugar a una “estructura jurídica que, desde el punto de vista de los principios jurídicos, organiza la individualidad subjetiva a partir de los *deberes jurídicos* y los derechos de la propia subjetividad a partir de un *orden jurídico* que proviene de la actividad del legislador, según el orden social impuesto por las relaciones de las formas de la propiedad privada, que quedan diseñadas en los textos constitucionales.”³⁵⁶

A.- La relación jurídica.

Definíamos más arriba la relación jurídica en su sentido estricto como el *vínculo jurídico creado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del derecho en orden a la realización de su contenido*; entendiéndola en una concepción más amplia como *el conjunto integrado de elementos que garantizan la eficacia del vínculo jurídico*.

Como sabemos, la teoría inicial de la relación jurídica es obra de SAVIGNY, quien, a mediados del siglo XIX la definía como una “relación de persona a persona, determinada por una regla jurídica, la cual asigna a cada individuo un dominio en donde su voluntad reina independientemente de toda voluntad extraña”.³⁵⁷No obstante la existencia de este tipo de relación ya había sido tratada con anterioridad,

Theories Of Rights, Oxford University Press, 1984, Págs. 1-20. La posición ecléctica o integradora, auspiciada inicialmente por Jellinek ha sido asumida, entre otros, por Jean Dabin, que nos expone acertadamente BARRANCO AVILÉS, al adirmar que un derecho subjetivo “es la prerrogativa concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se le reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido”. (Vid BARRANCO AVILÉS, MC, *Op. Cit.* Pág 280). Unaa extensa y detallada exposición en RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ J., *La razón de los derechos*. Ed Tecnos, Madrid, 1995, Págs 36 a 62. Para completar el panorama en cuanto al punto de vista externo de la fundamentación, cabe señalar como SAUCA que “Como contraste con estos intentos de fundamentación del derecho subjetivo pueden citarse posiciones abiertamente críticas contra dicha noción, aglutinadas por su carácter antiindividualista. Sintetizando el planteamiento, cabe decir que éstas obedecen a tres orientaciones. En primer lugar, las de carácter sociológico, que arrancan de las teorías sociológicas generales de Comte y Durkheim, si bien en caso como Duguit presentan una aproximación más netamente jurídica. Em segundo lugar las críticas las críticas de juristas soviéticos, entre los que destacan Pashukanis y Vyshinsky, que realizan, en general, una impugnación de esta categoría sobre bases ideológicas. Finalmente, las teorías de carácter nacional-socialista para las que todos los derechos deben fundirse en una visión totalitaria del Estado cuya función supondrá la imposición de deberes a los ciudadanos. Destacaron en la defensa de éstas las tesis de Carl Schmitt y Karl Larenz” (Ver SAUCA, J.M. “Los conceptos jurídicos fundamentales” en *Curso de Teoría del Derecho*. Coordinado por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. Ed Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág.277).

³⁵⁶ DIAZ-OTERO, E y OLIVAS, E. *Metafísica e historicidad de los derecjos subjetivos*. Ed. Dykinson, Madrid, 1997. Pág 178.

³⁵⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit, 1840, 2ª reimpresión Aalen, Scientia 1981), I, § 4, pp. 6–8,

aunque sin dotarla de una definición autónoma por incluirla dentro del estudio del *ius*, por diversos autores relevantes tales como Thomasius, Wolf y, señaladamente. Kant.³⁵⁸

Señalaba Adolfo MERKEL a principios del siglo pasado que “Las relaciones jurídicas muestran en su estructura más simple, un aspecto activo y un aspecto pasivo: un aspecto de poder jurídico, otro de sujeción jurídica. El primero se corresponde con la función de protección y garantía en el Derecho, el segundo con su función imperativa y restrictiva.”³⁵⁹

KELSEN en su Teoría Pura del Derecho concibe la relación jurídica como “una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior”,³⁶⁰ aunque en la Teoría General del Derecho y del Estado parece diluir el concepto de relación jurídica en el de responsabilidad jurídica, íntimamente ligado con el deber jurídico, al afirmar: “Que una persona sea legalmente responsable de determinada conducta o que sobre ella recaiga la responsabilidad jurídica de la misma, significa que está sujeta a una sanción en el caso de un comportamiento contrario. Normalmente, esto es, cuando la sanción se dirige contra el infractor inmediato, el individuo es reponsable de su propia conducta. En este supuesto coinciden la persona responsable y la sujeta al deber jurídico.”³⁶¹ No obstante, como veremos más adelante, desarrollará una descripción completa de la relación jurídica al analizar el concpeto y significado del derecho subjetivo.

La civilística española, encargada tradicional entre nosotros -hasta tiempos recientes- del estudio de la teoría general del derecho y de las normas, ha abordado sistemáticamente el análisis de la relación jurídica, si bien siempre desde una perspectiva general e incluso difusa. Para CASTÁN TOBEÑAS, la relación jurídica

³⁵⁸ GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis” – “Rechtsverhältnis”)” Universidad Pontificia de Santiago de Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2006, XXVIII, 187 – 226. En relación con el pensamiento de Kant, afirma: “Porque, a esta altura nos es lícito preguntarnos por el significado que los autores que hasta el momento hemos examinado atribuyeron a las expresiones rechtliches Verhältnis y Rechtsverhältnis. Kant, sin embargo, nunca las definió. Nosotros podríamos intentar hacerlo more Kantiano. Puesto que el derecho es la condición (o conjunto de condiciones) que asegura la libertad de la relación entre arbitrios, la “relación jurídica” tendría que ser aquella misma relación (originalmente natural, y de variados tipos) entre arbitrios en cuanto asegurada (regulada en función de su libertad) “por el derecho”. Es una consecuencia nada forzada de su concepto de derecho.

³⁵⁹ MERKEL, Adolfo. *Enciclopedia Jurídica*. Ed Reus, Madrid, 1924.

³⁶⁰ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. Ed Universitaria de Buenos Aires, 1986. Pág 118.

³⁶¹ KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ed UNAM. México, 1988, Pág 75-76.

“no es otra cosa que una relación de la vida práctica a la que el Derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte, por el Derecho.”³⁶² Para Federico DE CASTRO es “la situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico”.³⁶³ Por su parte, Manuel ALBALADEJO, en una línea muy similar, define la relación jurídica como “aquella situación en que se encuentran varias personas entre sí, regulada orgánicamente por el Derecho, partiendo de un determinado principio básico.”³⁶⁴ GUASP, por su parte, consideraba que las relaciones entre los hombres asumen “verdadera forma jurídica cuando se configuran como relaciones sociales”, así como que el Derecho “supone una sociedad ya formada o creada”.³⁶⁵

O’CALLAGHAN MUÑOZ entiende que la relación jurídica “presupone una relación social, como elemento material o de hecho, a la que el Derecho impone unas consecuencias jurídicas, como elemento formal.”³⁶⁶ Y DIEZ-PICAZO afirma que “relación jurídica es toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas como un cauce idóneo para la realización de unos fines o intereses que son dignos y merecedores de tutela, cauce que es por ello disciplinado y organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico.”³⁶⁷

En un interesante estudio sobre la relación jurídica realizado por el profesor ESCOBAR ROZAS, en el que analiza las distintas teorías doctrinales sobre la naturaleza de ésta, desde la clásica o intersubjetiva (Savigny) a las de la interconexión (Von Thur), la normativa (Kelsen y Cicala), la de la homogenidad (Bagolini), o la de la complejidad (López de Zavalía), tras un intento de reconstruir su figura, poniendo de manifiesto las carencias parciales de las teorías expuestas, concluye con una aportación personal, afirmando que:

³⁶² CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español. Común y Foral*. Tomo I, Vol II, Ed Reus, Madrid, 1982. Págs 13 y 14.

³⁶³ DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, Ed Civitas, Madrid, 2008, Pág 556

³⁶⁴ ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. Ed Bosch. Barcelona, 1997. Pág 84.

³⁶⁵ GUASP DELGADO J. *Derecho*. Madrid, 1971. Págs 29 y 32-33-

³⁶⁶ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I. Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986. Pág 157.

³⁶⁷ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*”. Ed Civitas, Madrid, 2007, Vol I. Págs. 55-56

“La relación jurídica intersubjetiva puede ser "abstracta" o "concreta". Es "abstracta" cuando su función consiste impedir la perturbación de la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce. Es "concreta", en cambio, cuando su función consiste en lograr la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce. La relación "abstracta" (o de protección) vincula al titular de la situación de goce con todos los terceros que estén en condiciones de perturbar la satisfacción del interés presupuesto por la misma. La relación "concreta" (o de satisfacción), por su parte, vincula al titular de la situación de goce con el que coopera para que se produzca la satisfacción del interés presupuesto por la misma”.³⁶⁸

En el campo de la Filosofía del Derecho, Giorgio DEL VECCHIO sostiene que “A menudo, la relación es doble y compleja, esto es, la misma persona que está investida de la facultad y del derecho está también investida de una obligación y viceversa (esto se observa, especialmente, en los llamados contratos bilaterales). (...) El Derecho establece, pues, entre los hombres una red complicada de relaciones y constituye una especie de tejido que conecta la vida social *in genere*. Toda relación jurídica tiene por lo menos dos sujetos, uno activo y otro pasivo. El activo es aquel que tiene la facultad o pretensión; el pasivo aquel a quien corresponde la obligación. Como ya indiqué, a menudo el sujeto es, a la vez, activo y pasivo.”³⁶⁹

En el ámbito iusfilosófico español, LEGAZ LACAMBRA, en una aproximación detallada, considera que la relación jurídica como “un vínculo creado por normas jurídicas entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción”.³⁷⁰

Jose María SAUCA, en una exposición sistemática, da cuenta de la teoría clásica sobre la relación jurídica que la considera como “una más de las diversas relaciones sociales que se singularizaba por el hecho de estar regulada por normas

³⁶⁸ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva”, en *Revista THEMIS Revista de Derecho*, 1998, n° 38. Págs 15 a 30-

³⁶⁹ DEL VECCHIO, Giorgio; Recansens Siches, Luis (1946) *Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho*. México. Edit. UTEHA. Páfs 313-314

³⁷⁰ LEGAZ LACAMBRA, L. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Ed Bosch. Barcelona, 1943. Pág 529.

jurídicas”,³⁷¹ analizando seguidamente sus tres elementos: vínculo, sujetos y hechos generadores. Considera el citado autor que según las tesis de Kelsen “se puede sostener que la relación jurídica es estrictamente normativa”, es decir, comprende exclusivamente una relación entre normas, lo que supone una concreción en relación a este concepto de la concepción normativista del ordenamiento propia del profesor austríaco, negando que se establezca entre una obligación jurídica y un derecho subjetivo, en el entendimiento de que éste, a la postre, no es sino un reflejo particular del ordenamiento jurídico, que es el que dota de fuerza a todo el conjunto mediante la sanción coactiva. En realidad, a juicio de este autor, en la doctrina de KELSEN “debe eliminarse todo dualismo entre Derecho objetivo y derecho subjetivo. Este último sólo se puede comprender como la relación de la norma establecida por el ordenamiento jurídico con la conducta de un individuo”³⁷². La forma de establecer esta relación dependerá de en qué términos se comprenda el significado del derecho subjetivo, pudiendo distinguirse entre:

- a) Derecho subjetivo como *conducta (c) no-prohibida ($\neg Ph$)*: No existe en el ordenamiento jurídico objetivo una norma que establezca una sanción condicionada a la realización de (c). Para dar coherencia a esta acepción en el ordenamiento real ha de consensuarse la existencia de una cláusula de cierre o principio de clausura del tipo: *todo lo que no está prohibido está permitido ($\neg Phc \equiv Pc$)*. Pero esta cláusula es sólo ideal y en realidad no existe pues, como señalan ALCHOURRON y BULYGIN, si partimos de la base de que algo permitido es equivalente a algo no prohibido, la regla se convierte en una determinación tautológica y por lo tanto inútil, pues equivaldría a afirmar que *todo lo no prohibido está no prohibido ($\neg Ph = \neg Ph$)*, afirmación que no aporta ningún valor descriptivo ni prescriptivo.
- b) Derecho subjetivo como *autorización*. Entendiendo que decir que una conducta (c) está autorizada alude a la existencia de una norma que permite expresamente (P) una determinada conducta (c). La única diferencia con la concepción anterior es que el operador deóntico de

³⁷¹ SAUCA, J.M. “Los conceptos jurídicos fundamentales” en *Curso de Teoría del Derecho*. Coordinado por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. Ed Marcial Pons, Madrid, 1999, Pág.260.

³⁷² SAUCA, Op. Cit. Págs 279-280. Que cita a C.E, ALCHOURRÓN y E. BULYGIN en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974. Págs 184 a 189-

Permisi3n (P) –que es al que se reconduce el concepto de autorizaci3n- se encuentra formulado expresamente en una norma concreta y no en una cl1usula de cierre o principio de clausura. Y de ello puede derivarse de forma m1s n1tida la existencia para el resto de los individuos distintos del que realiza (c) de un operador de3ntico de prohibici3n sobre cualquier impedimento en relaci3n a (c). Es decir: $(Pc \equiv Ph \neg c)$.

- c) Comprender el derecho subjetivo como *correlato de una obligaci3n activa*. Es la compresi3n del Kelsen del derecho subjetivo como derecho reflejo. Implica que un individuo (A) tiene permiso para realizar una conducta (c) como consecuencia de que sobre el resto de la comunidad R opera la obligaci3n (O) de permitir dicha conducta (Pc). Es decir: $(Pc \in \equiv O \ Pc \in R)$.
- d) Comprender el derecho subjetivo como *correlato de una obligaci3n pasiva*. Es la compresi3n del Kelsen del derecho subjetivo como derecho reflejo. Implica que un individuo (A) tiene permiso para realizar una conducta (c) como consecuencia de que sobre el resto de la comunidad R opera la obligaci3n (O) de no prohibir dicha conducta ($\neg Phc$). Es decir: $(Pc \in \equiv O \ \neg Phc \in R)$

A estas tres concepciones sustantivas del derecho subjetivo, y de las relaciones jur1dicas que de ellas se derivan, a1ade KELSEN otras dos acepciones instrumentales y derivadas. La primera lo identifica con *acci3n procesal*, como la posibilidad de recurrir a la organizaci3n judicial para instar la producci3n de una norma particular que consiste en la imposici3n de la sanci3n prevista para el incumplimiento de la sanci3n; y la segunda hace referencia al derecho subjetivo como derecho pol1tico, concebido como derecho a participar en la producci3n de normas mediante la elecci3n de los legisladores, por un lado y, por otro, al derecho a instar ante el legislador negativo –el Tribunal Constitucional- la acci3n para expulsar del ordenamiento objetivo normas lesivas de los derechos mediante la declaraci3n de su inconstitucionalidad³⁷³.

No parece arriesgado afirmar que una de las aproximaciones m1s detalladas y precisas a las relaciones jur1dicas generadas por el derecho subjetivo ha sido la

³⁷³ KELSEN, H, Teor1a Genrerol de las Normas. Ed Trillas, M3xico, 1994. P1gs 142 y 144.

llevada a cabo por el jurista norteamericano W.H. HOHFELD a principios del siglo XX, bajo la presentación de las distintas modalidades de derecho subjetivo³⁷⁴. La propuesta, posteriormente reconstruida por ROSS³⁷⁵, pretende desarrollar el concepto de derecho subjetivo –entre otros- de forma que permita su diferenciación de figuras afines, para lo que analiza el significado exhaustivo del mismo en el lenguaje jurídico. Efectúa pues una detallada investigación empírica con la que ofrecerá los significados efectivos y reales del concepto. La sistemática de la propuesta ha sido brillantemente expuesta, entre nosotros, por Javier DE LUCAS³⁷⁶.

Como señala SAUCA, los enunciados básicos de los que parte la propuesta son cuatro: pretensión, libertad, potestad e inmunidad. Cada uno de ellos alude a uno de los cuatro sentidos en que puede descomponerse el genérico derecho subjetivo, describiendo la situación jurídica en que se encuentran los sujetos titulares. Cada uno de estos sentidos se define por referencia a otro concepto correlativo (el obligado por la situación) y por otro concepto opuesto (el que no se encuentra en la situación del titular). Las definiciones de las situaciones son las siguientes:

- a) Se encuentra en situación jurídica de *pretensión* quien dispone de un derecho subjetivo en virtud del cual puede exigir a otro la realización de una conducta determinada. Aquel a quien se le puede exigir tal conducta se encuentra en posición jurídica de *deber*. Y el que o los que no pueden exigir la realización de la conducta se encuentran en situación de *no-derecho*.
- b) Se encuentra en situación jurídica de *libertad* quien dispone de un derecho subjetivo que le permite no tener que realizar la conducta exigida. Aquel que no puede exigir la conducta a quien es titular de la libertad se encuentra en situación de *no-derecho*. Sin embargo, el que tiene que realizar una conducta exigida se encuentra en situación de *deber*.

³⁷⁴ HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Ed Fontamania. Mexico. 1995. Págs 45 a 87.

³⁷⁵ ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Ed Universitaria. Buenos Aires. 1963 Págs 155 a 163.

³⁷⁶ DE LUCAS, Javier (coordinador). *Introducción a la Teoría del Derecho*. (VVAA). Ed Tirant Lo Blanch. Valencia, 1994. P

- c) Se encuentra en situación jurídica de *potestad* quien es titular de un derecho subjetivo que le permite modificar sus relaciones jurídicas frente a otro. Aquel al que se le puede imponer la modificación de las relaciones jurídicas se encuentra en situación de *sujección*. Y aquel o aquellos que no pueden modificar las relaciones jurídicas a otros se encuentran en situación de *incompetencia*.
- d) Se encuentra en situación jurídica de *inmunidad* quien dispone de un derecho subetivo que impide que los demás puedan modificar sus relaciones jurídicas. El que no puede modificar las situaciones jurídicas de otros se encuentra, como en el caso anterior, en situación correlativa de *incompetencia*. Y aquel o aquellos que pueden verse afectados por la modificación de las relaciones jurídicas está en la situación opuesta de *sujección*.

El cuadro expositivo de las relaciones es el siguiente³⁷⁷:

<u>Situaciones ventajosas</u>	<u>Situaciones opuestas</u>	<u>Situaciones correlativas</u>
Pretensión	No-derecho	Deber
Libertad	Deber	No-derecho
Potestad	Incompetencia	Sujección
Inmunidad	Sujección	Incompetencia
<u>Sit desventajosas</u>	<u>Situaciones opuestas</u>	<u>Situaciones correlativas</u>
Deber	Libertad	Pretensión
No-derecho	Pretensión	Libertad
Sujección	Inmunidad	Potestad
Incompetencia	Potestad	Inmunidad

A primera vista pudiera parecer que Hohfeld contempla y define una relación trilateral de los derechos, al ser tres los sujetos que intervienen en la misma. No obstante, en un análisis más exigente puede llegar a concluir que, en realidad son solo dos los sujetos intervinientes en las relaciones descritas por Hohfeld, a saber, los que se encuentran en las situaciones de titularidad del derecho (o ventajosas) y

³⁷⁷ SAUCA, JM. *Op. Cit.* Pág 284.

los que resultan obligados por el ejercicio del mismo (situaciones correlativas), toda que los sujetos que ocupan las situaciones opuestas, en realidad, no intervienen en la relación sino que se definen, precisamente, por su ajeneidad a la misma, derivando su posición de la circunstancia particular de no verse ni poder verse afectados por los derechos y deberes nacidos en su seno. Es decir, las situaciones opuestas, más que parte de la relación jurídica, podemos decir que pertenecen al contexto de la misma. Por otro lado, resultaría cuestionable aceptar la clasificación que parte de las situaciones desventajosas, pues ello podría suponer desconocer el concepto del *ius* moderno entendido como una facultad o poder atribuido a un sujeto, para recuperar el sentido estamental del *ius* propio del pensamiento griego y romano, como conjunto de derechos y deberes inherentes a una determinada posición jurídica (recuérdese en este sentido el *ius altius tollendi aut non extollendi* al que hacíamos referencia en el capítulo primero de este trabajo).³⁷⁸ En esta posición de prescindir de la idea de derecho subjetivo como un poder de disposición, admitiendo la existencia de un derecho-deber, se sitúa la teoría de Liborio HIERRO³⁷⁹, que diferenciará entre derechos discrecionales (activos o no-activos) de un lado y derechos obligatorios (activos o no activos) de otro, para mantener que existen derechos aun en el caso de que no aparezca la voluntad de su ejercicio en manos de su titular; lo que nos reenvía, a la postre, a las teorías del interés de Ihering.

Entre nosotros, Angel SÁNCHEZ DE LA TORRE ha dedicado varios estudios específicos al concepto de relación jurídica. Tras constatar la amplitud de su campo semántico³⁸⁰, afirma que “actualmente la noción de «relación jurídica» se plantea en el término de «conexiones intersubjetivas», originariamente entendidas en el campo

³⁷⁸ Sobre la clasificación de Hohfeld, nos indica BARRANCO AVILÉS que posteriormente Manuel ATIENZA se propuso ampliar la misma “introduciendo, en relación con la categoría del derecho subjetivo, las matizaciones convenientes que se producen modificando la situación en función del carácter positivo o negativo de la obligación y de si el ejercicio del derecho resulta facultativo u obligatorio”. BARRANCO AVILES, MC, Op Cit. Pág 293, en la que remite a ATIENZA, M. “Una clasificación de los derechos humanos” *Anuario de derechos Humanos* nº 4, 1986-1987. Págs 29-43

³⁷⁹ HIERRO, L. “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”. *Sistema*, nº 46 1982. Pñags 45-61.

³⁸⁰ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “La relación jurídica como concepto metodológico” *Foro. Nueva época*, 11-12/2010. Afirma: Esta pretensión es común a los investigadores jurídicos, que utilizan también nociones semejantes o parcialmente correspondientes a la de «relación jurídica», como son las de «situación jurídica», «transformaciones jurídicas», «situación jurídica subjetiva», «estatus subjetivo» e incluso «figura jurídica subjetiva». Se da también terminología preferida según que se trate de materias de Derecho público o de Derecho privado, reduciéndose, por ejemplo, a «situación jurídica subjetiva» las nociones de Derecho subjetivo y de obligación, y a la noción de «situación jurídicamente protegida» las de poder, deber y otras pertenecientes al ámbito político y administrativo.

sociológico. Anteriormente se planteaba como «conexión entre normas preceptivas y sancionadoras» y aun como «conexión norma-sujeto jurídico». Para llegar a la noción de «relación jurídica» en el sentido que se pretende actualmente se busca no la conexión «sujeto-objeto», ni la de «norma-sujeto», ni la de «norma-norma», sino la de «intersubjetividad», cuyos precedentes más próximos serían la noción de «conducta en interferencia subjetiva» (propia de Del Vecchio) y más tarde la de «conducta en interferencia intersubjetiva» (del argentino Carlos Cossio)”³⁸¹.

Considerada desde una perspectiva estructural, observa que: “la relación jurídica contiene engarces situacionales de intereses, de verificación y de eficacia que permiten considerarla como unidad de integración epistemológica de los datos jurídicamente relevantes, en que se mantiene al ordenamiento jurídico como forma de la libertad de los individuos y grupos cuya conducta está regulada en el mismo.”. Y desde el punto de vista de los sujetos intervinientes en la relación y la posición que ocupan en la misma, SÁNCHEZ DE LA TORRE, formula la siguiente clasificación:³⁸²

— «Protagonistas»: aquellos sujetos de cuyos intereses se trata y que son propiedad suya sobre la cual disponen y dan sentido jurídico a los contenidos de sus respectivas libertades expresadas en forma de Fueros y desigualdades jurídicas entre ciudadanos... ración de voluntad o hecho relevante para la constitución de una relación jurídica.

— «Interesados»: aquellos sujetos cuya conexión previa con alguno de los «protagonistas» (por ejemplo, familiares, socios, copartícipes, herederos forzosos, representantes, representados, fiadores, fisco, etc.) hace que la libertad propia resulte en el futuro responsabilizada o incrementada por la actividad de los mismos.

— «Afectados»: aquellos sujetos sobre cuya situación o intereses recae alguno de los efectos contenidos en las disposiciones de los «protagonistas», como son vecinos, proveedores, en general todos aquellos que vienen incluidos bajo la mención de «medio ambiente», conciudadanos, etc., de tal modo que sus intereses o expectativas resulten beneficiados o perjudicados por las consecuencias de una

³⁸¹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Op. Cit.* Pág 36.

³⁸² SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. *Op. Cit.* Págs 47 a 49.

relación jurídica considerada, al menos implícitamente, más allá de las previsiones o intenciones de sus protagonistas e interesados.

— «Verificadores»: sujetos que intervienen en una relación jurídica de modo ocasional, como son los espectadores de conductas significativas de un negocio jurídico, de un daño, de un delito, etc., o de modo profesional, como son testigos, notarios, miembros de oficinas de registro de personas o bienes, etc., sin cuya intervención no puede ser demostrada la existencia de dicha relación jurídica.

— «Garantizadores»: sujetos que intervendrían en el desarrollo futuro de las consecuencias y efectos derivados de una relación jurídica, de tal modo que promuevan las sanciones pertinentes, o sea, garantizar las consecuencias lícitas de las conductas de los «protagonistas» y cuya ausencia podría perjudicar la efectividad de las mismas, pudiendo ser personas individuales —mediadores, árbitros— o institucionales —funcionarios públicos, jueces, etc

En otro trabajo el mismo autor concluye que: “los derechos subjetivos de cualquier índole adquieren su consistencia en relaciones jurídicas. Los intereses afectados y regulados, sobre los cuales inciden los derechos subjetivos al constituir su contenido, se hallan presentes en situaciones jurídicas donde aquellos derechos subjetivos pueden operar.”³⁸³

Su visión integral de la relación jurídica se manifiesta en la siguiente precisión: “En ningún caso se ha de olvidar que este juego intersubjetivo que se define en el campo de la Relación Jurídica ocurre también dentro del contexto de la Sociedad Civil y de las Estructuras Político-Morales que sustentan el conjunto del entramado colectivo. Ni Protagonistas ni Terceros son soberanos ilimitados en cuanto a su propia actividad contractual ni en cuanto a las responsabilidades dimanadas de ella. Emerge así un cierto Suiper-tercero, representado por la Moralidad (“condiciones contrarias a las buenas comstumbres”) y por el Estado (“condiciones prohibidas por

³⁸³ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “Relación jurídica y situación jurídica, conceptos que configuran derechos subjetivos y razones jurídicas”, en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, N°. 2011, 2011, págs. 289-302

la ley”), que determina la nulidad de las determinaciones contractuales que sobrepasan tales límites”.³⁸⁴.

Para concluir esta exposición –inevitablemente incompleta y parcial- sobre las diferentes posiciones doctrinales sobre la relación jurídica, nos detendremos, por su procedencia en relación con el objeto de este trabajo, en la formulada por Robert ALEXY con ocasión de su análisis sobre la teoría de los derechos fundamentales. ALEXY, al igual que Kelsen, describe los distintos tipos de relaciones jurídicas con ocasión de su estudio sobre el derecho subjetivo, como técnica de positivación de los derechos fundamentales,³⁸⁵ entendiendo los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas³⁸⁶. Desde esta perspectiva, considera que con un punto de vista analítico es posible establecer una triple división de las posiciones subceptibles de ser designadas como “derechos”; a saber: *derechos a algo, libertades y competencias*.

Dentro de la posición caracterizada como “derechos a algo”, entiende ALEXY que se incluyen:

- Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa), que implican:
 - Los derechos al no impedimento de acciones (*a* tiene frente al Estado el derecho a que éste no le dificulte a *a* llevar a cabo la acción *h*)
 - Los derechos a la no afectación de propiedades y situaciones (*a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*)
 - Los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas (*a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica *PJ* de *a*)

³⁸⁴ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. (Coord) “Sistematización de las libertades en las relaciones jurídicas”, en *La Relación Jurídica*. Ed Dykinson, Madrid, 2012. Pág 22.

³⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007. Págs 151 a 219.

³⁸⁶ LINDAHL, en sus estudio sobre las posiciones generadas en el derecho subjetivo, intentó abarcar todas las posibles posiciones normativas no contradictorias, formando combinaciones posibles de solo dos operadores, el operador deóntico (Shall operator) u un operador de acción (Do operator), introduciéndolos en el marco de un sistema lógico elemental, de donde obtiene siete grupos básicos de posiciones normativas del sujeto (basic types of one-agent legal positions, 35 posiciones de relaciones normativas entre dos sujetos que se refieren a acciones que pueden ejecutarse de manera separada por cada uno de ellos (individualistic two-agents type) y 127 tipos de relaciones normativas entre dos sujetos que se refieren a acciones que presuponen una colaboración entre los dos sujetos (collectivistic two-agents type). De ahí se articulan tipos de posiciones que se definen como “capacidad jurídica”, “poder jurídico”, “competencia” y “facultad jurídica”. En Lindhal, *Position and Change*. Dordrecht, 1977, citado por R. Alexy en *Op. Cit*, págs. 159-160.

- Los derechos a acciones positivas; y que pueden entenderse:
 - Referidos a prestaciones fácticas o derechos a prestaciones en sentido estricto (*a* tiene frente al estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*).
 - Referidos a prestaciones normativas o derechos a prestaciones en sentido amplio (*a* tiene frente al estado un derecho a que éste lleve a cabo la acción positiva fáctica *h*).

El despliegue efectivo de los derechos a algo supone la combinación de los tres operadores deónticos clásicos: Mandato (O), Prohibición (F)³⁸⁷ y Permisi6n (P). Parte ALEXY de una visi6n *triádica* de los derechos, toda vez que estos han de ser concebidos como relaciones entre un titular (*a*), un destinatario (*b*) y un objeto (*G*), apuntando que³⁸⁸: “La clave para el análisis de la correspondencia entre derecho y deber es que la relaci6n triádica de los derechos es lógicamente equivalente a una relaci6n triádica del deber o del mandato. De:

(1) *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* lo ayude

se sigue:

(2) *b* est obligado frente a *a* a ayudar a *a*,

Y viceversa, (2) expresa una relaci6n obligacional. Por el contrario.

(3) *b* est obligado a ayudar a *a*

expresa una obligaci6n no relacional. Que exista esta obligaci6n no significa que *a* tenga frente a *b* un derecho a una ayuda. Puede suceder que nadie o que algún tercero tenga derecho a ello. Esta obligaci6n puede denotarse como:

(4) *OG*³⁸⁹

³⁸⁷ (F) es el signo utilizado por Alexy para el operador de Prohibici6n. Otros utilizan el signo (Pr) o (Ph)

³⁸⁸ ALEXY, R. Op cit. Págs 177 a 178.

³⁸⁹ “G” representa el enunciado radical “que *b* ayuda a *a*” (4) expresa la obligaci6n de *b* sin referencia a personas. Se obtiene una expresi6n referida a personas cuando se usa la notaci6n (4’) *ObG*

En cambio, a la obligación relacional expresada por (2) hay que darle la siguiente forma:

(5) *ObaG*

“O” en esta fórmula es un operador triádico que expresa una modalidad relacional. Que

(6) *DabG*

sea equivalente a (5) expresa que los enunciados sobre los derechos a algo y los enunciados sobre las obligaciones relacionadas describen lo mismo, una vez desde la perspectiva de *a* y otra desde la perspectiva de *b*.

Como ya sabemos, en armonía con lo expuesto, la discusión moderna sobre las relaciones jurídicas fue impulsada por HOHFELD, de lo que hace eco el propio Robert ALEXY.³⁹⁰

En la posición de los derechos caracterizada como “libertades”, ALEXY, tras señalar el escaso valor descriptivo del término libertad, a pesar de ser uno de los conceptos prácticos más fundamentales, debido a su enorme connotación simbólica, intenta dar un sentido al concepto de libertad, no desde su definición esencial, sino desde la más práctica del análisis de su *estructura*. Por ello, se centra en la estricta dimensión de la libertad jurídica, entendiendo que sólo tiene sentido utilizar esta expresión si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Afirma: “Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una *libertad negativa*. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o qué hará bajo determinadas condiciones; tan solo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo. Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la libertad jurídica es solo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción”.³⁹¹

³⁹⁰ ALEXY cita expresamente a Wesley Newcomb Hohfeld y su obra “(Some) Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, publicado en dos partes, en 1913 y 1917, y en el que se detallan ocho relaciones jurídicas estrictamente fundamentales “*sui generis*”: derecho, deber, no derecho, privilegio, competencia, sujeción, falta de competencia e inmunidad.

³⁹¹ ALEXY, R. Op Cit, pág 189.

Por eso concluye que la libertad positiva y la negativa se diferencian sólo porque en la libertad positiva el objeto de la libertad es exactamente una *acción* mientras que en la libertad negativa consiste en una *alternativa de acción*. El paso de una situación de libertad negativa a otra de libertad positiva exige obtener o adquirir algo que permita al sujeto saltar de la posibilidad a la realidad. Es decir, mientras que para asegurar la libertad jurídica (entendida como libertad negativa) no es indispensable ningún derecho prestacional, sino tan solo un derecho de defensa, para asegurar la libertad positiva se hace necesaria la titularidad de un derecho a algo de tipo prestacional, que obligue al Estado a realizar prestaciones, normalmente en sentido estricto, es decir, prestaciones fácticas; aunque en ocasiones deben venir precedidas por prestaciones normativas (p.ej. ordenación del sistema de distribución de rentas o subvenciones, o normación del sistema electoral).

Por último, en la posición de los derechos caracterizados como “competencias”, ALEXY engloba en este grupo a las expresiones terminológicas que identifican derecho con poder jurídico, autorización, derecho de configuración, capacidad jurídica o, precisamente, competencia. Se diferencia de la acepción del derecho como permiso, esencialmente, en su vertiente negativa, puesto que mientras la ausencia de un permiso equivale a una prohibición, la ausencia de una competencia implica, simplemente, una falta de competencia. A los efectos que aquí nos interesan, nos detendremos en la división que el autor efectúa entre competencias del ciudadano y competencias del Estado.

Señala ALEXY que hay competencias del ciudadano que gozan de protección de derecho fundamental, de tal manera que el legislador vulneraría normas de derecho fundamental si derogara competencias del ciudadano, por ejemplo, para celebrar matrimonio, fundar asociaciones, adquirir propiedad o tomar disposiciones de última voluntad. Así pues, se supone la existencia de un derecho fundamental *prima facie* a estas competencias, o dicho de otro modo, de un derecho que tiene la estructura del derecho a la no eliminación de una posición jurídica, al que antes hicimos referencia dentro de los “derechos a algo”.³⁹² Y sobre esta idea se articula el núcleo dogmático de la *teoría de la garantía institucional*, como “una prohibición

³⁹² Cita Alexy una sentencia del Tribunal Federal Alemán que al analizar la posible limitación legal al derecho de enajenar, afirmó: “Esta competencia es también un elemento básico de la libertad de acción en el ámbito de la ordenación de la propiedad. Por lo tanto, una prohibición de enajenación es una de las intervenciones más graves en este ámbito de la libertad del ciudadano” (BVerfGE 26, 215 (222))

dirigida al legislador en el sentido de no eliminar o modificar fundamentalmente determinadas instituciones jurídicas de derecho privado”³⁹³ para no eliminar determinadas competencias del ciudadano.

En cuanto a las competencias del Estado en realidad, se trata de competencias negativas de éste. En este sentido, sostiene ALEXY que si, frente al Estado, el ciudadano se encuentra en la posición de un derecho fundamental de no sujeción, tiene siempre frente al Estado un derecho a que el Estado no intervenga en el ámbito de la no sujeción. A este derecho corresponde una prohibición dirigida al Estado de no intervenir en el ámbito de la no competencia definido por las normas de derecho fundamental.³⁹⁴

B.- El sujeto activo o titular.

Como señala ALAEZ en el estudio de los titulares o sujetos activos de los derechos fundamanteles se plantean inicialmente dos cuestiones: “si los mismos forman una categoría homogénea, caracterizada por la posesión universal de la capacidad para ser titulares del ámbito de libertad garantizado por las normas de derechos fundamentales, o por el contrario, no todo aquel que posee dicha capacidad efectivamente se convierte en titular de todos los derechos y, en tal caso, exige determinar quiénes son meramente capaces de ser titulares, quiénes lo son efectivamente y si se requiere con carácter general o especial la presencia de un determinado *status* de nacional, así como si lo pueden ser únicamente las personas físicas o también las jurídicas. En segundo lugar, una vez identificados los titulares de los derechos y libertades, aparece una segunda cuestión, la de si la titularidad y el ejercicio de las facultades subjetivas previstas por la norma de derecho fundamental recaen siempre en un mismo sujeto, y, de no ser así, cuáles son las especiales condiciones que pueden incidir en la separación entre titularidad y ejercicio del derecho.”³⁹⁵

³⁹³ Esta teoría de la garantía institucional fue concebida por Martin Wolf, ampliada por Carl Schmitt y, posteriormente, asumida por el Tribunal Federal Alemán, ALEXY, R. Op Cita, pág 211.

³⁹⁴ ALEXY, R. *Op. Cit.* Págs 213-214.

³⁹⁵ ALAEZ, B. “Los titulares de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIEDO, Francisco J. (Coord) *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed Tecnos, Madrid, 1994. Pág 83.

Para KELSEN, “el concepto de persona jurídica –definida ésta como sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos- responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes”, afirmando que “Persona es, en otras palabras, el hombre, considerado como sujeto de derechos y obligaciones”.³⁹⁶

Podríamos decir que ambas cuestiones se centran, en realidad, sobre dos aspectos, los relativos a la *capacidad*, por un lado, y a la *competencia*, por otro, del sujeto activo de los derechos. La primera hace referencia al sujeto en abstracto desde una perspectiva estática y teórica, mientras que la segunda se refiere al sujeto en concreto, desde una perspectiva dinámica y práctica.

CASTÁN, en su estudio sobre los derechos fundamentales, efectuó una clasificación por razón de los sujetos protegidos o titulares, distinguiendo entre:

- Derechos de la persona humana.
- Derechos de las comunidades menores o infraestatales, principalmente la familia.
- Derechos de los Estados en la esfera interna.
- Derechos de los Estados y de los pueblos en la comunidad internacional³⁹⁷.

Apunta PECES-BARBA que esta clasificación debería ser completada en un tercer nivel, introduciendo explícitamente el derecho de las minorías étnicas y culturales dentro de las comunidades infraestatales, aunque aclara que “esta concepción no supone en absoluto admitir una noción transpersonalista de los derechos fundamentales, puesto que en definitiva en todos los casos los beneficiarios de esos derechos de que gozan personas jurídicas o colectivas, como derechos fundamentales, son los individuos que forman parte de esas comunidades y sociedades.”³⁹⁸

RODRIGUEZ-TOUBES entiende que “según cual se considere qué sea la fuente normativa de los derechos se pensará en unos u otros seres como sus titulares: ciudadanos de un Estado, elegidos por la divinidad, seres racionales

³⁹⁶ KELSEN, H. *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM. México, 1988. Pags 109-110.

³⁹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Los derechos del hombre*. Ed Reus, Madrid, 1969, Págs 34 y 35

³⁹⁸ PECES-BARBA, G. *Derechos Fundamentales*. Ed Latina Universitaria. Madrid, 1980. Pág 101

(humanos, adultos normales), individuos sintientes en grado superior (humanos y ciertos animales), etc. La respuesta pues dependerá de la solución que se le dé al fundamento”.³⁹⁹

Por su parte, Carlos Santiago NINO afirmará, partiendo de la concepción de los derechos humanos como derechos morales, que los titulares de los derechos humanos son las personas o sujetos morales, categoría que no necesariamente coincide con la de seres humanos, ya que, por un lado, ha de asumirse la posibilidad de que no puedan fundamentarse derechos respecto a seres humanos que no posean ciertas capacidades intelectivas o volitivas y, por otro lado, que cabría extender el fundamento igualmente a seres no humanos, pues para el autor son personas morales: “todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.”⁴⁰⁰ En el mismo sentido se ha pronunciado Jeanne HERSCH al señalar que “si los derechos humanos son efectivamente basados en la capacidad potencial de cada ser humano para ser libre y responsable, entonces es obvio que esos derechos sólo pueden pertenecer directamente a los individuos”.⁴⁰¹

No obstante, como señala RODRIGUEZ-TOUBES, hay otros puntos de vista y así, por ejemplo, Joseph RAZ sostiene la titularidad colectiva de los derechos ejemplificándolo de la siguiente forma: Arafat no tenía un derecho a la autodeterminación palestina, pues su interés en ella no es suficiente fundamento de deberes en otros, pero, en cambio, los intereses acumulados de los palestinos, sí, de modo que los palestinos tienen un derecho colectivo a la autodeterminación.⁴⁰²

Desde una perspectiva histórica, GALLEGO GARCÍA nos recuerda la concepción romana expuesta por Hemogeniano que considera que “*hominum causa onme ius contitutio est*”, analizando seguidamente el doble significado del termino latino *persona*, ya como ser humano ya con “actor” que respresenta un determinado papel, de donde se deriva que a efectos del derecho, persona es aquel que representa un papel socialmente activo, es decir, quien es sujeto de derecho o *sui*

³⁹⁹ RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. *La razón de los derechos*. Ed Tecnos, Madrid, 1996. Pág 63.

⁴⁰⁰ NINO, C.S.- *Ética y derechos humanos*. Ed Ariel, Barcelona, 1989. Pág 47.

⁴⁰¹ HERSCH, J. “Los fudaamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo”, en A, DIEMER y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. UNESCO, Serval, Barcelona, 1985. Pág 158.

⁴⁰² RAZ, J.- *The Morality of Freedom*. Clarendon Press, Oxford, 1989. Pág 207. Cit por RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J. en Op Cita, Pág 64

iuris.⁴⁰³ Y dado que existían diversidad de personas, en función del tipo de actuación que a cada uno le correspondía desempeñar dentro de la vida social, en virtud de su propio estatus, existiría una desigualdad de situaciones jurídicas, predicaba tanto de los sujetos entre sí como del propio sujeto según su actuación, provocada por la diversidad de tipos y papeles que los individuos de una sociedad desempeñan sucesiva y dinámicamente.

La doctrina cristiana, recogiendo los postulados de la escuela estoica, intentará formular un fundamento básico igualitario para la atribución de derechos a los seres humanos, residenciándolo en el atributo de la dignidad. Dignidad que surge de su “sustancia individual de naturaleza racional”⁴⁰⁴ para unos o de su participación en la creación como imagen de la divinidad para otros.⁴⁰⁵ Como ya sabemos, el proceso evolutivo que concluye en las declaraciones liberales de fines del siglo XVIII optará decididamente por fundamentar la atribución de derechos al ser humano, con carácter de derechos inherentes e inalienables, en su naturaleza racional.

Para LEGAZ LACAMBRA, el paso de la persona humana a la personalidad jurídica se produce como consecuencia del fenómeno de la sociabilidad. Reflexiona así: “¿En qué consiste la personalidad como realidad jurídica? ¿Cómo se superponen en la realidad plenaria del ser humano estas maneras de ser que llamamos —bajo diferentes puntos de vista— «personalidad»? No será la distinción de persona e individuo la que podrá explicarlo, sino un ulterior desarrollo de la teoría de la existencia y de la persona en la que queden diferenciados los dos planos ontológicos de la vida personal, que son la intimidad y la socialidad, o, si se quiere, la vida personal *sensu stricto* y la vida social. (...) Por eso el Derecho ha de contar necesariamente con que el hombre es persona también en sentido social, y esto puede ignorarlo o contradecirlo en concreto con respecto a un hombre o grupo de hombres, por razones más o menos justificadas desde el punto de vista ético, político, etc., pero nunca lo puede ignorar pura y simplemente. Por eso el concepto de persona, en sentido jurídico, es un concepto jurídico puro, apriorístico, pues no hay Derecho posible sin el reconocimiento de personalidades jurídicas. Como el

⁴⁰³ GALLEGO GARCÍA, E.A.- *Fundamentos para una Teoría del Derecho*. Ed Dykinson. Madrid, 2006, Pág 24.

⁴⁰⁴ En expresión de BOECIO en el siglo VI d.C.

⁴⁰⁵ GALLEGO GARCÍA, E.A., Op. Cit. Pág 27. En la misma línea cita a FORMENT, E. Lecciones de Metafísica. Rialp. Madrid, 1992. Pág 346, que afirma: “La persona tiene un carácter trascendental. La persona es la que posee más ser y, por tanto, lo más unitario, lo más verdadero, los más bueno y los más bello”

Derecho presupone la vida social, la dimensión social del ser humano, no entra en la esfera de la vida personal pura: pero la vida personal es del sujeto humano, y, por tanto, la vida del ser social tiene su raíz en la vida personal, íntima, y por esta razón el Derecho, en tanto que forma fundamental de la vida social, debe reflejar las condiciones mínimas de la vida personal que hacen posible la vida social. Por eso decimos que la personalidad jurídica es a imagen y semejanza de la persona humana como tal, pero alcanza realidad en tanto que la persona humana tiene una dimensión social y en tanto que hay una vida social con estructuras ontológicas propias. Una de estas estructuras es la regla impersonal, intersubjetiva, y concretamente la regla jurídica”.⁴⁰⁶

Si estas teorías analizan el sujeto desde el punto de vista externo de su fundamentación, desde la perspectiva interna nos aproximamos a una consideración más procesal, también tratada, entre nosotros por civilistas y constitucionalistas. Entre los primeros, ALBALADEJO señala que: “Jurídicamente es persona todo ser a quien el derecho acepta como miembro de la comunidad. Tal aceptación lleva consigo la atribución de la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, o, en otra expresión, de derechos y obligaciones”⁴⁰⁷ Esta cualidad la denomina *capacidad*, que comprende, de un lado, *la capacidad jurídica*, entendida como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones en abstracto y, de otro, la *capacidad de obrar*, o aptitud concreta para ejercer válidamente los derechos de los que el sujeto en cuestión es titular.

Para O’CALLAGHAN MUÑOZ, “sujeto del derecho subjetivo es la persona a quien se le atribuye el poder en que éste consiste; es el titular de este poder”.⁴⁰⁸

CÁSTÁN, además de la clasificación subjetiva de los derechos a la que antes hemos hecho referencia, afirma que “sujeto del derecho es el portador o titular del derecho subjetivo, el investido del poder jurídico”, precisando que “se llama titularidad a la cualidad jurídica por virtud de la cual una persona está investida de ese poder jurídico, o lo que es igual, de un derecho o de una pluralidad de derechos subjetivo”, aunque aclara que “en rigor, la idea de titularidad tiene un sentido más

⁴⁰⁶ LEGAZ LACAMBRA, Luis “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”. En *Revista de Estudios Políticos* nº 55. Madrid, 1951. Págs 15-46-

⁴⁰⁷ ALBALADEJO. M. *Op. Cit.* Págs 35-35

⁴⁰⁸ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.- *Op. Cit.* Pág 163.

amplio, que comprende tanto los propios derechos subjetivos como las facultades y los complejos de unos y de otros”.⁴⁰⁹

DE CASTRO define la titularidad como “la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen”;⁴¹⁰ distinguiendo distintos tipos de titularidad, que, a su vez, marcan el alcance de los distintos derechos subjetivos y de las facultades que nazcan de la relación jurídica, entre los que incluye:

- a) La titularidad básica e independiente, identificada con la titularidad “en propiedad” o autónoma.
- b) La titularidad subordinada, frente a un derecho básico de otro titular, como por ejemplo, la titularidad usufructuaria.
- c) La titularidad compartida o cotitularidad, solidaria o mancomunada.
- d) La titularidad de la mera posesión.
- e) La titularidad aparente, del que ostenta un título nulo o impugnabile.
- f) La titularidad provisional, ya sea interina o preventiva.

En el campo de los constitucionalistas, PEREZ ROYO apunta el problema de la titularidad de los derechos fundamentales era inexistente antes de la imposición del Estado Constitucional, porque precisamente los derechos como “elemento de definición de la población de una forma política no han sido utilizados en la convivencia humana antes de la imposición del Estado Constitucional”, añadiendo que “El Estado no se justifica de manera transpersonal, sino que se legitima por la manifestación de voluntad de los individuos que deciden constituirlo a través de *contrato social*, a través del *poder constituyente*”, de manera que “quiere decirse que es la participación en el contrato social, en el poder constituyente, lo que convierte a los individuos en *ciudadanos*”.⁴¹¹

ÁLVAREZ CONDE alerta sobre el hecho de que: “Aunque a primera vista pudiera parecer que estamos en presencia de una cuestión de carácter formal, ello, como revela la práctica de nuestro ordenamiento jurídico no es así, pues los

⁴⁰⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.* Pág 38.

⁴¹⁰ DE CASTRO. F. *Op Cit.* Pág 564.

⁴¹¹ PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 1996, Págs 262-263.

problemas planteados adquieren una dimensión sustancial, pues se trata de una cuestión que afecta al ejercicio de los derechos fundamentales. Aunque nuestra Constitución utiliza distintas expresiones (españoles, ciudadanos, todos...), no parece que la interpretación meramente gramatical deba configurarse como algo absolutamente determinante al respecto”, precisando que: “La titularidad se puede examinar desde la perspectiva de la nacionalidad y de la personalidad”. En este sentido aclara que:

- a) “Desde el punto de vista de la *nacionalidad*, el art. 13 de nuestra Constitución, prescindiendo ahora de otras cuestiones como son las relativas a la extradición y al asilo, ha sido objeto de un desarrollo legislativo diferente y contradictorio desde la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio hasta la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, posteriormente modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, a su vez parcialmente reformada por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre, parece optar por un criterio igualitario entre los nacionales y los extranjeros, aunque la Constitución limita a aquellos el ejercicio de determinados derechos, como la libertad de residencia y circulación, el derecho de participación política, etc”.
- b) “Desde el punto de vista de la *personalidad*, en nuestro ordenamiento jurídico, y a diferencia de otros, los derechos fundamentales únicamente son predicables de las personas humanas, en el sentido establecido por nuestra legislación civil (arts. 29 y 30 CC). Los titulares de los derechos fundamentales no son solo las personas físicas sino también las personas jurídicas. Así lo ha establecido nuestra jurisprudencia constitucional reconociendo que determinados derechos, como el derecho al honor, pueden predicarse también de las personas jurídicas, de instituciones e, incluso, de clases sociales (SSTC 107/1988, 51/1989, 121/1989, 214/1991). A este respecto, la STC 139/1995 señala expresamente: «Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no solo los fines de la persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido

de que la misma permite su titularidad a una persona moral y su ejercicio por esta». Es decir, nuestra jurisprudencia únicamente extiende a las personas jurídicas la titularidad de los derechos fundamentales cuando estos sean, por su naturaleza, ser susceptibles de ser ejercidos por aquellas.”⁴¹²

En el mismo ámbito doctrinal, FERNÁNDEZ SESGADO señala que: “El problema de la titularidad o capacidad de derechos fundamentales es de difícil planteamiento y de difícil solución, como el propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer”, añadiendo que: “En cualquier caso, en línea de principio, es preciso significar que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al *individuo por sujeto activo* y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos. Como ha dicho el Alto Tribunal, se deduce así, sin especial dificultad, del artículo 10 de la Constitución, que, en su apartado primero, vincula los derechos fundamentales con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado segundo, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y de diferentes tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Ahora bien, si es cierto que los extranjeros, por lo que acaba de razonarse, han de gozar de plena capacidad de derechos, en muchos casos en condiciones de absoluta igualdad con los españoles, no lo es menos que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el substrato último del derecho fundamental.”⁴¹³

En la misma línea, AGUIAR DE LUQUE, indica que: “Al margen del problema de la capacidad procesal para activar un proceso de garantía de los Derechos Fundamentales, y refiriéndome en concreto a la titularidad de tales derechos, el Tribunal Constitucional, ha admitido la posibilidad de que sean sujetos de derechos

⁴¹² ÁVAREZ CONDE, E. “El sistema constitucional español de derechos fundamantales” Revista CORTS/ADP. Págs. 133-136

⁴¹³ FERNÁNDEZ SESGADO, F. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*. Año 13. Nº 39, Págs 226-227,

fundamentales no sólo los españoles, sino también los extranjeros (en relación al art. 24), y las personas morales y jurídicas”.⁴¹⁴

Por su parte Juan José SOLOZÁBAL, señala que: “Los derechos fundamentales son patrimonio de todos, en razón de su vinculación directa con la libertad y dignidad de la persona, de cuyo desarrollo son condición indispensable. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos no confieren su titularidad en términos tan amplios, sobre todo la de los derechos políticos, restringidos a los ciudadanos, aunque se suela admitir un derecho a la participación de los extranjeros en elecciones municipales condicionado a la posesión de permiso de residencia, a la pertenencia del extranjero a determinada área política o a la reciprocidad entre los nacionales de los países con los que se haya regulado el particular”, añadiendo que: “...en la medida que lo permitan los términos de su reconocimiento, y la naturaleza de su objeto, contenido o relaciones vitales a que se refieran, corresponde asimismo a las personas jurídicas y, en su caso, a grupos o colectivos que no lo sean; así, por ejemplo, partidos o asociaciones de electores sin dicha condición”.⁴¹⁵

Desde una perspectiva más amplia, cual es la del tratamiento jurídico de los derechos fundamentales en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, el profesor ESCOBAR ROCA afirma que: “No hay ninguna referencia en las disposiciones horizontales de la CDF a los titulares de los DFC, resultando aplicables al caso las consideraciones comunes, procedentes sobre todo de la jurisprudencia constitucional comparada, en torno a cuestiones tales como el comienzo y fin de la personalidad, los derechos de los menores y de otros colectivos o grupos desaventajados, las relaciones de sujeción especial y los derechos de las personas jurídicas. Mención especial requiere el tema de la extranjería, cuestión hoy central de la titularidad de los derechos fundamentales. En un texto más cercano, por su contenido y posición jurídica, al Derecho internacional que a las Constituciones estatales, resulta lógico que la solución adoptada sea más respetuosa con el principio de universalidad, que llega incluso a reconocerse con carácter general: *«Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones*

⁴¹⁴ AGUIAR DE LUQUE, L. “Dogmática y teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales” en *Revista de Derecho Político*. Nums 18-19. Madrid, 1983. Pág 19.

⁴¹⁵ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm 71. Madrid, 1991. Pág.95.

particulares» (art. 21.2). Así, los únicos derechos que se reconocen a los ciudadanos europeos, y por tanto no (expresamente) a los extranjeros, son los tres siguientes: derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 39.1) y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan (art. 40); libertad de circulación y residencia (art. 45), con la posibilidad, en este caso, de reconocimiento posterior del derecho «a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro»; y protección diplomática y consular (art. 46). Nótese la falta de coordinación existente entre la CDF y el nuevo artículo 20.2 TFUE, el cual señala, entre los derechos propios de los ciudadanos de la Unión, además de los recién citados, otros tres más: el derecho de petición ante el Parlamento Europeo, el derecho de queja ante el Defensor del Pueblo Europeo y el derecho al uso de las lenguas de los Tratados ante las instituciones y órganos consultivos de la Unión. Como se aprecia con la mera lectura de las normas de reconocimiento de estos derechos en la CDF (respectivamente, arts. 44, 43 y 41.4), se trata de derechos de titularidad universal, si bien restringida a los residentes en el territorio de la Unión. También en relación con la cuestión de la extranjería, queda la duda de si las remisiones a las leyes y prácticas nacionales permiten atribuir la titularidad de los derechos respectivos sólo a los ciudadanos comunitarios. Si bien habrá de estarse a la letra y al contexto de cada precepto en particular, de entrada y con carácter general nos inclinamos por una respuesta negativa: la referencia habitual a «modalidades» y «condiciones» alude más bien al contenido de las prestaciones (casi siempre se trata de derechos de prestación) y no a la titularidad de los derechos, cuestión esta que, por su importancia, no debería quedar en manos de los Estados».⁴¹⁶

Como podemos observar, los estudiosos de la teoría del derecho, al analizar las cuestiones relativas a la titularidad de los derechos fundamentales se centran, principalmente, en los problemas de su fundamentación –o punto de vista externo-; los civilistas se orientan preferentemente al análisis de las facultades que confiere la posición de sujeto activo del derecho y en los distintos tipos de derechos que de ello se derivan –punto de vista interno-; mientras que los teóricos del derecho constitucional, tanto estatal como comunitario, debaten sobre la extensión de la titularidad de los derechos a individuos distintos de los que tienen políticamente

⁴¹⁶ ESCOBAR ROCA, G. “Elementos de la teoría de derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Revista Catalana de de Dret Public*. Núm. 37. Barcelona. 2008. Págs. 383 y 384.

atribuida la condición de *ciudadano* (nacional o europeo), así como su predicamento en relación con las personas jurídicas y determinados colectivos vulnerables o dignos de una protección específica –perspectiva más próxima al punto de vista externo, pero desde el ámbito del derecho positivo-.

Por nuestra parte, en una posición más próxima al punto de vista externo, nos referíamos al sujeto activo como “*la persona facultada por el ordenamiento jurídico para exigir la conducta determinada por el contenido del derecho*”.

C.- El sujeto pasivo u obligado.

Más arriba también hemos afirmado que entendemos como sujeto pasivo a: “*la persona obligada por el ordenamiento jurídico para realizar la conducta determinada por el contenido del derecho*.”

Expondremos seguidamente cómo es considerado este particular elemento subjetivo de la relación jurídica definida por la estructura de los derechos fundamentales desde las tres perspectivas anteriormente seguidas: la teoría del derecho, el derecho civil y el derecho constitucional.

En la teoría general del derecho la doctrina ha prestado una atención significativamente menor al sujeto pasivo de los derechos que al sujeto activo o titular⁴¹⁷. Se ha atendido esencialmente al tipo de actuación que el ejercicio de un derecho subjetivo por parte de su titular provoca en el obligado a satisfacer su contenido. Así, por, BARRANCO AVILÉS, describe que en “las primeras construcciones históricas, los derechos aparecen como límites al poder, como ámbitos de inmunidad del individuo que se construyen fundamentalmente con el objetivo de evitar la interferencia estatal. De aquellas construcciones se mantiene la idea de los derechos como garantía de situaciones subjetivas, sin embargo, se produce una evolución en cuanto a las formas de entender las respectivas

⁴¹⁷ BINDER J- En su obra *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, tuvo la valentía de expresar lo que otros se decían, o lógicamente debían decirse, en su interior: «no hay un concepto jurídico de deber»; «el Derecho no obliga jurídicamente a nada. . .» Nada de extraño es que desde entonces este concepto, que ya resultaba incómodo a la teoría general y a la filosofía del Derecho positivistas, desapareciera aún más, o quedara disimulado, desdibujado en la penumbra, en el tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales. Citado por José María RODRIGUEZ PANIAGUA, en “El deber jurídico y la obligación de obediencia al derecho” en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social: Obligatoriedad y derecho*: del 28 al 30 de marzo de 1990, 1991, ISBN 84-7468-484-6.

posiciones en las que quedan colocados el individuo y el Estado, fruto de la cual se dice que los derechos además de barreras para *impedir los maleficios del poder*, constituyen cauces para *obtener sus beneficios*. Cada una de estas funciones va a requerir una estructura diferente del supuesto derecho subjetivo a través del cual pretende satisfacerse la exigencia que está detrás. De este modo, los derechos del primer grupo exigirán una abstención del Estado y de terceros, mientras que los del segundo grupo requerirán un comportamiento positivo de realización del beneficio del Estado o de terceros”.⁴¹⁸

Asimismo, se ha abordado el estudio del sujeto pasivo de los derechos desde la perspectiva de su consideración como titular del deber jurídico correlativo. RODRIGUEZ PANIAGUA, afirma: “Partiendo de una verdadera diferenciación de conceptos, como parece ineludible en la Filosofía del Derecho de hoy, o se interpreta el deber jurídico como algo específico, peculiar, diferenciado del simple deber moral, o de lo contrario habría que reconocer que se trata de una duplicación de otro concepto, del de deber moral, a la que se puede renunciar, al menos desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, aunque se la conservara tal vez por razones de técnica en ciencia jurídica.”⁴¹⁹ Añadiendo seguidamente que: “El concepto de deber jurídico no comienza a constituirse como una teoría independiente hasta Thomasius. Como dice el profesor Recaséns, «durante muchos siglos la filosofía del Derecho clásica (tanto la escolástica, como la de la escuela grociana) y también algunas corrientes modernas, han definido el deber jurídico como la obligación moral, producida por un precepto de Derecho, de cumplirlo»”.

Será Kelsen quien desvincule el concepto de deber jurídico del de deber moral introduciendo el elemento de la sanción que, como sabemos, constituye el núcleo de su concepción del ordenamiento jurídico. RODRIGUEZ PANIAGUA así lo recoge al recordar que: “De estos inconvenientes se libra, al menos aparentemente, la postura de Kelsen. En contraste con el deber moral, que se identifica, según él, con la convicción psicológica de la obligación, con el sentimiento subjetivo del deber, defiende un concepto de deber jurídico que no es más que la individualización, la particularización de una norma jurídica aplicada a un sujeto. Y como lo esencial de la norma jurídica para Kelsen, por encima de las modificaciones de su doctrina, es que

⁴¹⁸ BARRANCO AVILÉS, M.C.- *Op Cit.* Págs 262-263.

⁴¹⁹ RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M^a. *Op, Cit.* Pág 68.

cierta conducta provoca la aplicación de una sanción, el deber jurídico es la vinculación del sujeto a la conducta contraria o al acto de coacción correspondiente.”⁴²⁰

La concepción kantiana del deber jurídico es expuesta brillantemente por el profesor ÁLVAREZ GÁMEZ, recordando que:

“Un deber jurídico, por tanto, existe cuando existe una norma jurídica, ya que, afirma Kelsen, «normar y obligar son una y la misma cosa»: Pensar que el deber jurídico se halla vinculado al deber moral lleva al absurdo de negar aquel carácter a todas las conductas impuestas por las normas jurídicas mediante una sanción, por el solo hecho de no constituir el contenido de un deber moral. Y, sin embargo, eso sucede; hay comportamientos impuestos por el ordenamiento jurídico que son indiferentes y aun contrarios para la moral, y son, desde luego, deberes jurídicos. «No se ve, dice Kelsen, por qué esta fuerza [de obligar] no ha de serle reconocida a todo precepto de Derecho penal por el mero hecho de serlo, incluso a aquellos cuyo contenido normativo coincida con las normas morales ya existentes». «No se ve por qué, dice más adelante, la función de la obligatoriedad deba negarse a esa norma [en este caso civil], en aquellos casos en que la conducta que lleva aparejada la sanción sea requerida, casualmente, por una autoridad moral; por qué la función normativa de la obligatoriedad sólo puede emanar, cuando eso ocurra, de la autoridad moral y no de la norma jurídica». En definitiva, existe el deber (jurídico) porque una norma jurídica sanciona el comportamiento opuesto, y no al revés. El porqué se sanciona ese comportamiento no es algo a lo que la Ciencia del Derecho pueda ni deba contestar.”⁴²¹

Este planteamiento dificulta seriamente la identificación del Estado como sujeto pasivo de los derechos y, con ello, titular del deber jurídico de su prestación, en la medida en que es a él a quien le correspondería no sólo la definición de la sanción ligada a su incumplimiento, sino y lo que es más importante, su aplicación que, en consecuencia, se convertiría en autoaplicación. Ello ya fue advertido entre

⁴²⁰ RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M^a. Op, Cit. Pág 74.

⁴²¹ ÁLVAREZ GÁMEZ, Isidro. “Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen”. En *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 16. 2000. UNED, Madrid, Págs 15 a 55.

nosotros por Rafael DE ASÍS al reflexionar sobre “las paradojas de los derechos como límites al poder”⁴²².

En la óptica civilista, CASTÁN TOBEÑAS al analizar el elemento subjetivo de la relación jurídica, distingue entre sujeto activo y pasivo, entendido éste como el “sujeto obligado o deudor”, precisando que “los términos de sujeto activo y sujeto pasivo, generalmente usados y admitidos, parecen aludir a la facultad de exigir que tiene el primero y a la posición de sujeción o sometimiento en que está colocado el segundo. Pero dicha terminología no deja de ser equívoca, pues la situación de deber no siempre implica una mera abstención, es decir, un comportamiento *pasivo*; puede consistir en una acción (un dar o un hacer), es decir, un comportamiento *activo*.”⁴²³

Para ALBALADEJO, “el deber jurídico consiste en la necesidad de observar cierto comportamiento (acción u omisión) que viene impuesto por las normas reguladoras de la relación jurídica a personas que intervienen en ésta.”⁴²⁴ En el mismo sentido se manifiesta O’CALLAGHAN MUÑOZ, si bien distinguiendo entre deber jurídico y obligación, pues sostiene que ésta, dentro del Derecho de obligaciones, es el vínculo por el que una persona –deudor- debe realizar una prestación a otra –acreedor- que tiene el derecho de exigírsela (por ejemplo, obligación de pagar el precio de la compraventa). Deber lo es el de cumplir tal obligación (que le impone el artículo 1.500 CC al comprador, en el mismo ejemplo)”.⁴²⁵

Aún en el plano del derecho civil, pero con una fuerte carga iusfilosófica, el profesor ESCOBAR ROZAS afirma que: “El deber jurídico no es, como se ha pretendido, un estado de «presión psicológica» generado por la norma jurídica en el sujeto gravado con el mismo (deber), pues, aparte de que tal concepción presupone un efecto subjetivo -presión psicológica- que no siempre se presenta, de esta manera se termina por excluir a las personas jurídicas como sujetos pasivos de dicho deber, en tanto que de éstas no puede predicarse la existencia de estado

⁴²² ASÍS ROGIG, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Ed Dykinson. Madrid, 2000

⁴²³ CASTÁN TOBEÑAS, J. *Op. Cit.*- Pág 17.

⁴²⁴ ALBALADEJO, M. *Op. Cit.* Pág 85.

⁴²⁵ O’CALLAGHAN MUÑOZ. *Op. Cit.* Pág.159.

psicológico alguno. En realidad, si de algo no se puede dudar es de que el deber jurídico se resuelve, en todos los casos, en una situación de «necesidad» que impulsa al sujeto a realizar determinado comportamiento como consecuencia de ser el destinatario de una orden o mandato. Esta situación de «necesidad» es opuesta a aquella de «libertad» en la que el sujeto - gravado con el deber jurídico- se encontraría en caso de no existir la orden”.⁴²⁶

Pero es en el ámbito del derecho constitucional donde se ha tratado con mayor intensidad el estudio del sujeto pasivo u obligado de los derechos fundamentales. La explicación es simple: las normas constitucionales son las que suelen concretar las obligaciones precisas de los poderes públicos para garantizar el contenido de los derechos fundamentales, siendo lo cierto que han sido los poderes públicos, hasta la fecha, los que han encarnado la personificación de los obligados por los derechos. En este sentido, afirma Enrique ÁLVAREZ CONDE que: “Aunque pudiera afirmarse que, en buena doctrina, el sistema de derechos fundamentales únicamente afecta a las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos, tema en el cual se plantean importantes problemas jurídicos, ello no es así, pues también los poderes privados se encuentran implicados”.⁴²⁷

Apunta ALAEZ que: “Del otro lado de la relación subjetiva que establecen las normas de derechos fundamentales se encuentran los sujetos que se ven obligados por los mandatos, permisos o prohibiciones a cuyo través aquéllas garantizan el ámbito de libertad iusfundamental. En efecto, las normas de derechos fundamentales son normas constitucionales y a ellas están sujetos, por consiguiente, ex art. 9.1 CE todos: ciudadanos y poderes públicos. La obligatoriedad de los derechos fundamentales frente a estos últimos viene, además, expresamente prevista en el art. 53.1 CE, que refleja la denominada eficacia vertical de los derechos fundamentales. Esta expresión trata de describir gráficamente el revés de la tradicional concepción liberal de las relaciones entre el individuo y el Estado (de arriba, poder público, hacia abajo, súbditos)”. Añadiendo seguidamente que: “Aunque los derechos y libertades fundamentales hayan sido concebidos inicialmente como derechos públicos subjetivos, y, por ello, hallan su principal

⁴²⁶ ESCOBAR ROZAS, Freddy. “Algunas cuestiones fundamentales sobre el deber jurídico”, en *Revista de Derecho PUCP*. Número 52, 1999. Perú. Págs. 285-308.

⁴²⁷ ÁLVAREZ CONDE, E. “El sistema constitucional español de derechos fundamentales” *Revista CORTS/ADP*. Pág. 137.

obligado en el poder público, lo cierto es que la extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares, sean éstos personas físicas o personas jurídicas, es una consecuencia paralela al imparable avance de la pretensión del texto constitucional de convertirse en una auténtica norma jurídica suprema y, sobre todo, de organizarse entorno al principio estructural de Estado social de derecho (STC 18/1984, F.J. 6º). Por tanto, hoy ya no se puede negar que también los particulares están sometidos al respeto de los derechos fundamentales, máxime cuando la propia CE de 1978 así lo ha establecido de forma genérica, sujetando a todos –poderes públicos e individuos– al respeto de sus prescripciones (art. 9.1 CE). La discusión se centrará ahora, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, en el tipo y efectos de esta vinculación de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, es decir, en si esta eficacia horizontal de los derechos es directa o indirecta, si la vinculación que generan es negativa o también positiva, y cuál sea en cada caso su extensión”.⁴²⁸

En la dimensión de la Unión Europea, pone de manifiesto ESCOBAR ROCA que: “El obligado natural por los DFC (*Derechos Fundamentales de la Carta*) es la propia Unión Europea, vinculación que deja clara el artículo 51.1 CDF (*Carta de Derechos Fundamentales*), primero con la fórmula «están dirigidas» y después con la trilogía «respetarán», «observarán» y «promoverán». De esta forma, las «instituciones, órganos y organismos de la Unión» son los primeros destinatarios de la CDF, y sólo a ellos los DFC se dirigen con toda su intensidad. Esta vinculación no es ninguna novedad y no cambia sustancialmente la situación anterior: como ha sido relatado en muchas ocasiones, procede de una vieja jurisprudencia del TJCE, después incorporada al TUE. El Tratado de Lisboa aporta ahora, sobre todo, dos novedades: una mayor certeza, al fijar en un catálogo cuáles son los derechos que vinculan a la Unión, y un mayor grado de exigencia, al apostar por un listado que incluye bastantes figuras nuevas, muchas de ellas desconocidas por el CEDH y las propias Constituciones nacionales. (...) La estructura y contenido de cada DFC determina inicialmente la forma de vinculación de la Unión, cuestión apuntada (sin demasiado acierto, como veremos) por la trilogía «respetarán», «observarán» y «promoverán». En el catálogo de DFC encontramos los dos tipos básicos,

⁴²⁸ ALAEZ, B. “Los titulares de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIEDO, Francisco J. (Coord) *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed Tecnos, Madrid, 1994. Págs 84 y 85.

reconocidos por la dogmática de los derechos: derechos de defensa (que protegen frente a la agresión externa y exigen ante todo la abstención de los poderes públicos) y derechos de prestación, en el amplio sentido del término (que imponen actuaciones positivas a los poderes públicos, de variado signo: prestaciones materiales, servicios públicos, creación de órganos y procedimientos). En el estadio actual de evolución de los derechos, muchas de las figuras tienen una estructura compleja y participan de las características de ambos tipos; así, por ejemplo, hoy se considera que los derechos de defensa incluyen normalmente una faceta prestacional, necesaria para su mejor disfrute en condiciones de igualdad. Es importante resaltar que, con independencia de que se admita o no esta faceta prestacional de los derechos de defensa, el amplísimo reconocimiento en la CDF de los derechos de prestación impone necesariamente una forma concreta de vinculación de la Unión: sin actuaciones positivas de sus «instituciones, órganos y organismos», los derechos de este tipo perderían su sentido, convirtiendo la idea de vinculación en una fórmula vacía y en letra muerta casi la mitad del catálogo. Desde esta perspectiva, la trilogía mencionada por el precepto no resulta muy acertada: los términos «observarán» y «promoverán» reflejan con demasiada palidez la especial vinculación activa característica de buena parte de las figuras.”⁴²⁹

Si la vinculación de los poderes públicos con los derechos fundamentales como sujetos obligados por el contenido de los mismos se conoce usualmente como el “efecto vertical”, es imprescindible hacer referencia a la cada vez mayor tratada perspectiva del “efecto horizontal” o vinculación de los particulares con el contenido de los derechos⁴³⁰; teorizada como *Drittwirkung* por la doctrina alemana.⁴³¹ La

⁴²⁹ ESCOBAR ROCA, G. *Op Cit.* Págs. 384-386

⁴³⁰ Señala con carácter general Mijail MENDOZA ESCAÑANTE: “El problema comprendido en el tema planteado es designado bajo diversas denominaciones. El ya difundido y ampliamente conocido de “eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales” (*Drittwirkung der Grundrechte*), así como los de eficacia horizontal (*Horizontalwirkung*), validez de los derechos fundamentales “en el derecho privado” (*Geltung der Grundrechte “im Privatrecht”*),¹ eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas (*im Privatrechtsverhältnis*), en el “tráfico jurídico privado” o “de derecho privado” (*privatrechtliche Verkehr*) o, también, “en las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado” (*in den Beziehungen der Privatrechtssubjekte untereinander*) . Como se apreciará y ha sido destacado por la propia doctrina alemana, la denominación introducida por Hans Peter Ipsen,² de “eficacia frente a terceros de derechos fundamentales” no resulta la más adecuada, sin embargo, ella ha alcanzado aceptación general y es de empleo generalizado para la designación de esta problemática y, desde luego, por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán” <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontal.der.fund.pdf>

⁴³¹ Como estudio general introductorio de la materia en nuestro sistema puede consultarse JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1986. De la que efectúa una recensión JAVIER BALLARIN IRIBARREN en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 8. Núm. 24. Septiembre-

cuestión surge, como señala BALLARÍN IRIBARREN, de la consideración de que “Es digno de reflexión, en primer término, el que en la doctrina iuspublicística alemana lo que ahora parece verdad de Perogrullo, que los derechos fundamentales limiten jurídicamente al Estado (o a los poderes públicos), sea algo que hubo de afirmarse trabajosamente frente a quienes entendían que los ciudadanos no gozaban de verdaderos derechos subjetivos frente al Estado, beneficiándose tan sólo del «reflejo» de normas objetivas en su esfera jurídica. La particularidad de los derechos públicos subjetivos es, sobre todo, función del modo especial en que se proyecta el concepto de derecho subjetivo sobre las relaciones entre ciudadano y Estado más que una afirmación de su eficacia exclusiva frente al segundo. Pero, al margen de esto, ¿es efectivamente tan clara esa posición de «terceros» de los particulares respecto de la relación jurídica en que se cifra el contenido de los derechos fundamentales? Para la filosofía contractualista parece que deben más bien invertirse los términos: los derechos del hombre preexisten al Estado y éste nace para su defensa, de suerte que aquéllos se tienen, originariamente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado, que, por su parte, no sólo debe reconocer los límites que los anteriores oponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos «terceros», los particulares, su *Drittwirkung* les es connatural.”⁴³²

En nuestro ordenamiento jurídico, como señala ALAEZ, “aunque los derechos y libertades fundamentales hayan sido concebidos inicialmente como derechos públicos subjetivos, y, por ello, hallan su principal obligado en el poder público, lo cierto es que la extensión de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares, sean éstos personas físicas o personas jurídicas, es una consecuencia paralela al imparable avance de la pretensión del texto constitucional de convertirse en una auténtica norma jurídica suprema y, sobre todo, de organizarse entorno al principio estructural de Estado social de derecho (*STC 18/1984, F.J. 6º*). Por tanto, hoy ya no se puede negar que también los particulares están sometidos al respeto de los derechos fundamentales, máxime cuando la propia CE de 1978 así lo ha

diciembre 1988. Ha sido objeto de estudio a partir de la obra del primer presidente del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania, H. C. Nipperday: *Grundrechte und Privatrecht* en 1961.

⁴³² BALLARÍN IRIBARREN, J. Op. Cit. Págs 285-286

establecido de forma genérica, sujetando a todos –poderes públicos e individuos- al respeto de sus prescripciones (art. 9.1 CE).⁴³³

Y como apunta VIVAS TESÓN: “Nuestro Tribunal Constitucional, en su Sentencia 177/1988, de 10 de octubre, considera: “ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (RTC 1984\18) (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato⁴³⁴. No cabe olvidar que el art. 1.1 C. E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el

⁴³³ ALAEZ, B. “Los titulares de los derechos fundamentales”, en BASTIDA FREIEDO, Francisco J. (Coord) *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed Tecnos, Madrid, 1994. Pág. 87

⁴³⁴ Señala en este sentido Antonio LÓPEZ PINA: Ahora bien, desde el principio, autonomía privada significa más que la mera defensa frente a intervenciones del Estado limitadoras de los derechos individuales. La autonomía privada solo puede ejercerse si existe un orden jurídico del Estado que reconoce como vinculante lo contractualmente querido y hace posible que se lleve jurídicamente a la práctica. El tráfico jurídico privado no puede discurrir en un espacio no reglado por el Estado: el interés individual conlleva, así, de un lado, que el tráfico discurra libremente sin intervención estatal y, de otro, que una regulación pública haga posible el ejercicio de la libertad. Adicionalmente, más allá de asegurar al individuo un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al particular frente a terceros un derecho a protección por el Estado. Tal dualismo da cuño al Derecho privado: la sociedad se constituye por medio del Derecho civil (Herzog)⁶; sobre los pilares de la propiedad privada, la libertad de empresa, la libertad de contratar y de invertir y la libertad profesional y de trabajo se constituye y actúa la sociedad civil. Si los arts. 10.1, 33, 38, 35.1 y 28 CE garantizan la autonomía privada, contienen asimismo una encomienda de protección y regulación para el legislador. Dotada de los derechos fundamentales como facultades subjetivas y amparada por la obligación de protección a cargo del Estado, la autonomía privada aparece así como pieza estructural de un orden social en libertad”. LÓPEZ PINA, A.: “La autonomía privada y los derechos fundamentales”, en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 145-173. (Nota del autor)

9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.”⁴³⁵

Pues bien, expuestas las doctrinas actuales ortodoxas sobre los conceptos de relación jurídica, sujeto activo y sujeto pasivo, procede iniciar el análisis –desde esta perspectiva- de los términos en que se formuló la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo en la declaraciones liberales de derechos que se proclamaron en la independencia americana y en la revolución francesa.

D.- La confusión entre el sujeto pasivo y el garante en las declaraciones liberales.

A la luz de lo expuesto, entendemos que no se ajusta a la realidad fáctica, normativa ni conceptual afirmar que la relación jurídica definida en las declaraciones liberales de derechos tiene un carácter bilateral entre un sujeto activo claramente definido y un sujeto pasivo u obligado único, preciso y determinado. Entendemos más bien que los derechos fundamentales proclamados en las primeras declaraciones liberales configuran una relación jurídica abierta y flexible, que oscila entre una dinámica bilateral y otra trilateral de forma casuística, en la que el *sujeto activo* no se define de una manera precisa e invariable y en la que, asimismo, la posición del *sujeto pasivo* u obligado puede ser ocupada por varios actores, resultando por último verificable la presencia de un sujeto al que se le atribuyen funciones de *garante* respecto del cumplimiento del contenido del derecho. Veamos.

1.- El sujeto activo.

En la *Primera Carta de Virginia de 1607* los legitimados por el monarca británico para ejercer los derechos y privilegios que se les reconocen en la misma se definen de forma inicialmente precisa pero tendencialmente indefinida, al identificarse como “Sir Thomas Gates, Sir George Somers, Richars Hackluit y Edwar-María Wingfield... y todos los demás que se les han asociado o se les asocien en esa colonia”, haciéndose también extensivo a “todas y cada una de las

⁴³⁵ VIVAS TESÓN, Inmaculada.

<http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>

personas que sean súbditos nuestros, que moren y habiten en todas y cada una de dichas colonias y asentamientos, y todos sus hijos que nazcan dentro de cualquiera de los límites y demarcaciones de cada una de dichas colonias y asentamientos...”.

En el *Pacto del Mayflower de 1620* son “los presentes” en el momento de su adopción (*cuyos nombres están escritos debajo...*) los que se declaran y reconocen como titulares del derecho a constituirse como “Cuerpo Político y Civil”.

En las *Fundamentals Orders of Connecticut de 1639*, los titulares de los derechos proclamados serán “los habitantes y residentes de Windsor, Hartford y Wethersfiel” que estén “residiendo y morando a lo largo del rio Connecticut y tierras adyacentes”, extendiéndose a los sucesores y a “todos aquellos que en el futuro puedan unírseos”. Más adelante se añaden algunos requisitos formales que parecen adentrarse en el concepto de ciudadanía o vecindad en relación con derechos específicos como el de sufragio activo, que se predica respecto de “todos los que son admitidos como hombres libres y han prestado juramento de fidelidad, y residen dentro de esta jurisdicción (habiendo sido admitidos como habitantes por la mayor parte de los vecinos del Municipio en el que viven o por la mayor parte de los que en ese momento estén presentes)”; excluyéndose del derecho de sufragio pasivo al “que no sea hombre libre de esta república.”

En el *Body of Liberties de Massachusetts de 1641*, la titularidad de las libertades, inmunidades y privilegios que se declaran se reconoce de forma más generosa a todos los hombres (*to every man*), si bien “*in his place and proportion*”. A todas las personas se les reconoce de forma concreta al derecho a la vida, al honor, al buen nombre, a no ser arrestados ni torturados, a no ser privados de su esposa, hijos y bienes, sino es en virtud de un proceso legal. Asimismo, el derecho a lo que podríamos identificar como derecho al proceso debido se reconoce a todas las personas que se encuentre bajo la jurisdicción de Massachussets (*every person within this Jurisdiction*). Sin embargo, algunos derechos, como el de otorgar testamento y disponer de sus tierras, se restringen a aquellos que sean mayores de 21 años que estén en el uso de la razón y no hayan sido condenados; en otro caso (incluso en el de la mujer casada) las disposiciones testamentarias habrían de ser ratificadas por un tribunal. Asimismo, el derecho de pesca solo se reconoce a los “habitantes propietarios” (*Inhabitant that is an house holder*), y el de acceso a los

archivos públicos se limita a los “habitantes del país” (*Every Inhabitant of the Country*); por otra parte, el derecho pasivo para ser jurado solo se predica de los hombres libres de la ciudad (*freemen of the Town*), así como el derecho de sufragio activo. Lo más significativo de este cuerpo de libertades es el reconocimiento de derechos concretos a titulares específicos como las mujeres casadas (derecho a su parte de la herencia y a no ser golpeadas injustamente por sus maridos), a los niños (derechos a la herencia de sus padres, a que no se les niegue el matrimonio de forma no razonable ni se les obligue a realizar trabajos en caso de orfandad no autorizados por un tribunal), a los criados (derecho a escapar y ser protegidos en caso de crueldad de sus amos) o a los forasteros y extranjeros (a ser recogidos por la Comunidad si son perseguidos por causa de su religión cristiana, a no ser violentados, ofendidos ni robados en caso de naufragio y a no ser hechos esclavos salvo que hubiesen sido capturados o vendidos en tal condición).

En la *Charter of Maryland* de 1632, el monarca británico reconoce como titulares de los derechos, privilegios y prerrogativas que otorga la Carta a Lord Baltimore y a sus herederos y designados... *para que los tenga, ejerce, utilice y disfrute tan aplianete como con anterioridad los haya ocupado, usado o disfrutados, o por derecho los hubiera o pudiera haber tenido, ocupado o usado disfrutado, cualquier obispo de Durham, del obispado o condado palatino de Durham, de nuestro reino de Inglaterra*. Si bien las facultades propias del gobierno, como las de dictar leyes, se reconoce a Lord Baltimore y sólo a sus herederos, y además para ello deberán contar con el consejo, consentimiento y aprobación de los *freemen* de la provincia.

En el *Plantation of Agreement of Providence* de 1640, los firmantes del Acuerdo reconocen la titularidad de los derechos que proclaman a los habitantes de las zonas precisamente descritas en el mismo, así como a cualquier persona (*any man*) en cuanto al derecho a litigar para reclamar los daños que le cause otro tanto en su persona como en sus bienes.

La Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, realiza una primera afirmación que puede generar confusión al afirmar que los derechos proclamados les pertenecen a los *representantes* del buen pueblo de Virginia y a su descendencia *como base y cimientos del gobierno*. No obstante, en las disposiciones siguientes la

confusión se aclara en el sentido de reconocer la titularidad de los derechos con una mayor extensión. Así, se proclama que “*todos los hombres* son, por naturaleza, igualmente libres, independientes, y tienen ciertos derechos inherentes”, entre los que expresamente se citan: el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y su seguridad”. De forma más específica, se reconoce como titulares del derecho de sufragio activo a “*todos los hombres* que prueben suficientemente tener un interés permanente en la comunidad y adhesión a ella”, sin especiales requisitos formales. Asimismo, el derecho de defensa y su desarrollo procesal se reconce a cualquier *persona*, a quien también se protege de forma genérica frente a las detenciones arbitrarias. Seguidamente se reconoce a *todos los hombres* el mismo derecho al libre ejercicio de la religión según los dictados de su conciencia. Curiosamente, en esta Declaración se reconoce en diversas ocasiones al *pueblo* como sujeto activo de derechos (a quien corresponden todos los poderes y el derecho de aprobar o suspender leyes a través de sus representantes) e incluso, de forma expresa, se reconoce a la *mayoría de los miembros de la comunidad* el derecho “indiscutible, inalienable e irrevocable” de reformar, alterar o abolir un mal gobierno, *como se considere que sea mejor para el bienestar público*

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776, se vuelve a exponer la idea de que “*todos los hombres* han sido creados iguales; que su Craedor les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”, así como que “cuando cualquier forma de gobierno se convierte en dañino (...), el *pueblo* tiene el derecho de modificarlo o abolirlo e instituir uno nuevo.”

Y ya en las *Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos* introducidas en 1791, resulta que se proclama al *pueblo* como titular del derecho para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios (Enmienda I) y del derecho de poseer y portar armas (Enmienda II); al *propietario* como titular del derecho a negarse a alojar militares en su casa (Enmienda III); a los *habitantes* como titulares del derecho a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos (Enmienda IV); a cualquier *persona* como titular del derecho a no ser detenida de forma arbitraria y a no declarar contra sí misma, del derecho a no ser privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial

(Enmienda V); a cualquier *acusado* en causa criminal a un juicio público, rápido e imparcial y al juez predeterminado por la ley (Enmienda VI) y a que no se le impongan fianzas ni multas excesivas ni se le infringan penas crueles y desusadas (Enmienda VIII).

En el ámbito continental, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hablará de forma expresa de los *derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*, de quienes predica que “nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (artículo 1); siendo el fin de toda asociación política la conservación de esos derechos naturales e imprescriptibles del hombre, que expresamente se enumeran como “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (artículo 2). Se afirma que el ejercicio de los derechos naturales le corresponde a cada *hombre* (artículo 4). Más adelante se reconocerá de forma ya más restrictiva, solo a los *ciudadanos*, el derecho a “contribuir a la elaboración de las leyes, personalmente o por medio de sus representantes” (artículo 6). Asimismo, se reconoce el derecho de todo *hombre* a no ser acusado, arrestado o detenido salvo por causa y de conformidad con la ley (artículo 7). También de forma expresa se proclama el derecho a la presunción de inocencia de todo *hombre* (artículo 9) y a no ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas (artículo 10), afirmando que “la libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del *hombre*” (artículo 11). Serán, sin embargo, sólo los *ciudadanos* los que tengan el “derecho de comprobar, por sí o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y duración” (artículo 14). Y ya en un mayor grado de abstracción se reconoce a *la sociedad* el “derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público” (artículo 15). Finaliza la Declaración con una proclamación genérica predicada de todas las personas, que, en realidad, sólo podrá ser aplicada por los *propietarios*, al señalar que “siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización” (artículo 17).

2.- El sujeto pasivo u obligado.

Desde la consideración apuntada del sujeto pasivo como: "*la persona obligada por el ordenamiento jurídico para realizar la conducta determinada por el contenido del derecho*" veremos que no resulta sencillo identificar con claridad tal posición en las declaraciones de derechos; o mejor dicho, no en todas ellas. Si en las primeras cartas otorgadas por el monarca británico no presenta grandes dudas identificar como el sujeto obligado por los derechos reconocidos al mismo monarca y a sus sucesores (siempre en la concepción inglesa del término *Crown*⁴³⁶), la posición se diluye, confunde y mezcla en las declaraciones de las colonias. Asimismo, en la Declaración francesa de 1789, aun con menos precisión, parece evidente que la carga de la obligación en la garantía y prestación de los derechos recae en la arquitectura institucional del ejecutivo, en esos iniciales momentos personificado en la persona del Rey, afirmándose implícitamente la Asamblea como garante; sin embargo, las posiciones jurídicas variarán a la vez que se alteran las políticas.

En la *Primera Carta de Virginia* de 1607, el rey inglés se obliga a respetar los privilegios e inmunidades concedidos en la misma "*en nuestro nombre, el de nuestros herederos y sucesores...*"

En el *Pacto del Mayflower* de 1620, en el que son los propios firmantes los que efectúan la declaración, sin intervención regia, la posición del obligado se confunde con la de los propios declarantes que, a la vez, se personifica e institucionaliza con la Colonia que se ha de fundar, a la cual los firmantes prometen "*toda la debida obediencia y sumisión.*"

En las *Fundamentals Orders of Connecticut* de 1639 la confusión se hace más profunda y extensa. ¿A quien se ordena, sentencia y decreta el contenido de las disposiciones que se declaran y promulgan? ¿a las autoridades de la Colonia? O más bien ¿es la forma de expresar una determinación frente a las posibles injerencias del monarca británico y de la metrópoli? Como se puede comprobar en el Anexo III se efectúa una prolija enumeración de los procedimientos electorales y de

⁴³⁶ GARCÍA PELAYO, M. Derecho Constitucional Cmparado. Ed Alianza Universidad textos. Madrid, 1987. La Corona británica se entiende como "Un centro de imputación de actos, pues (...) muchos actos de administración y jurisdicción son imputados a la Corona, mientras que en otros países se imputan al Estado". (Pág. 293)

provisión de oficios públicos; en los mismos es posible detectar una cierta prevención dirigida al Gobernador (brazo ejecutivo) elegido por los propios colonos para que respete las deliberaciones y decisiones de las Cortes Generales (rama representativa) y el proceso electoral general, pero no es menos cierto que con esta detallada regulación, la propia Colonia como institución política, está erigiéndose como garante de los derechos electorales de los colonos frente al monarca y a la metrópoli, pues no deja espacio ni resquicio alguno para la regulación de estos aspectos fuera del ámbito colonial.

El *Body of Liberties de Massachusetts* de 1641 presenta la misma dualidad. Es cierto que los derechos que se proclaman de los distintos sujetos activos que hemos enumerado en el punto anterior han de ser respetados en primer lugar por las autoridades judiciales, pero también es verdad que la rotundidad de su planteamiento y la extensión de su formulación, constituye una declaración formal evidente frente a la metrópoli en el sentido de que los derechos reconocidos tampoco podrán ser desconocidos o violados por ésta y, es más, que las autoridades coloniales se consideran legitimadas para garantizarlos frente a cualquier otra jurisdicción: *“We hold it therefore our duty and safety whilst we are about the further establishing of this Government to collect and express all such freedoms as for present we foresee may concern us, and our posterity after us, And to ratify them with our solemn consent”*. Y así, *“We do therefore this day religiously and unanimously decree and confirm these following Rites, liberties, and priveledges concerning our Churches, and Civil State to be respectively, impartially, and inviolably enjoyed and observed throughout our Jurisdiction for ever.”*

En la *Charter of Maryland* de 1632 volvemos a la técnica de las cartas otorgadas y el monarca británico se obliga respecto a los derechos, jurisdicciones, privilegios, inmunidades y libertades concedidos *“en nuestro nombre y en el de nuestros heredros y sucesores”*. Ahora bien, dado que en este momento la ocupación colonial se encuentra más extendida y desarrollada, no cabe duda de que el monarca no solo se constituye en obligado, sino también en garante frente a las posibles injerencias de terceros, ya sean extranjeros o bien otras autoridades coloniales; en este sentido se aclara que los privilegios se conceden *“reservándonos siempre la fidelidad y lealtad y el dominio soberano que se nos debe a nosotros, y a nuestros herderos y sucesores.”*

El *Plantation Agreement of Providence* de 1640, declaración efectuada por los propios colonos, participa también de una doble dirección en la determinación de los sujetos obligados. Los primeros son, sin duda, los propios destinatarios que han elegido libremente a los redactores de la declaración, así como las autoridades coloniales encargadas de aplicar las disposiciones que se contienen en la misma, especialmente en los aspectos de los procesos judiciales que se definen, pero, al igual que antes hemos señalado, la exhaustividad de la regulación determina la exclusión de cualquier injerencia en los aspectos regulados, tanto de las otras colonias como de las autoridades metropolitanas. La declaración final es claramente ilustrativa al respecto: *“These being those things wee have generally concluded on, for our peace, we desireing our loving friends to receive as our absolute determination, laying ourselves downe as subjects to it”*.

En la misma línea y con mayor intensidad se manifiesta la *Declaración del Buen Pueblo de Virgina* de 1776. Su manifestación inicial es concluyente: *“Una declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plenaria y libre; cuyos derechos les pertenecen a ellos y a su descendencia como base y cimiento del gobierno”*. En el punto II se deja claramente definida la posición de obligados de todos los gobernantes coloniales, al proclamar *“Que todos los poderes corresponden al pueblo, y consecuentemente se derivan de él; que los gobernantes son sus fideicomisarios y siervos y en todo momento responsables ante él”*. Pero el punto XIV es asimismo tajante respecto al sometimiento de cualquier otro gobierno a las determinaciones de la Declaración, toda vez que se afirma: *“Que el pueblo tiene derecho a un único gobierno; y por tanto no se establecerán dentro de los límites de Virginia otro gobierno separado o independiente.”* Y parece claro que, por aplicación del punto II es la autoridad política de la Colonia la encargada de actuar como garante de esta determinación frente a eventuales injerencias ajenas, especialmente metropolitanas.

Y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1779, a nuestro entender, la dualidad de obligados no se formula desde una perspectiva territorial, sino institucional. En efecto, encarnado aún en esos momentos el poder ejecutivo en el monarca, aparece éste como la principal amenaza sobre los derechos liberales de la burguesía triunfante en la Asamblea, y es frente al mismo frente a quien se proclaman los derechos de la Declaración,

erigiéndose la propia Asamblea como garante de las libertades proclamadas a través de sus mecanismos de control del monarca. A tal esquema obedece la manifestación inicial proclamando que *“para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados...”* Aunque se cita tanto al poder ejecutivo como al legislativo, está claro que el único llamado a efectuar el “cotejo” son los legisladores, tanto por su condición de “Representante del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional”, como por ser los autores de la Declaración en la que, precisamente, se define la finalidad de toda institución política (artículo 2).

La evolución de la situación contenida en las primeras declaraciones liberales de derechos, en las que podemos apreciar una suerte de relación trilateral variable, con posiciones diferenciadas de sujeto activo, sujeto pasivo y garante –a veces de forma clara y otras de manera más difusa- hacia una restricción posicional que conduce a una relación bilateral, con la confusión de las posiciones de obligado y de garante, se va a producir como consecuencia del desarrollo del proceso de independencia en las colonias americanas y de la culminación del movimiento revolucionario en Francia.

En efecto, la independencia de los Estados Unidos de América hace que desaparezca del ámbito institucional del poder el monarca británico y la propia Gran Bretaña, por lo que el papel garante de las autoridades coloniales ya sólo puede predicarse respecto de ellas mismas que, siendo también obligadas por los derechos proclamados, confunden ambas posiciones. Así se proclamará de forma solemne en la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776: “Que estas colonias unidas son, y en derecho han de ser, estados libres e independientes; que quedan liberadas de toda lealtad a la corona británica, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña queda, y debe de quedar, totalmente disuelta; y que como estados libres e independientes tienen todo el poder para hacer la guerra, firmar la paz, concertar alianzas, establecer comercio y ejecutar todas las demás acciones y cosas que estados independientes hacen por derecho”. Por ello, las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, ratificadas el 15 de diciembre de 1791, ya no tendrán como destinatario final al monarca británico, sino únicamente a las instituciones políticas del nuevo país, ya seas el Congreso (enmienda I y II), el Gobierno (enmiendas III y V) o las autoridades judiciales (enmienda IV, VI, VII y VIII).

Y en Francia, como es sabido, la muerte del Rey en la guillotina determina la extinción del poder ejecutivo como reflejo del derecho regio y su conversión en emanación del legislativo, de tal manera que la burguesía, ahora titular de ambos, asumirá en lo sucesivo el doble papel de garante y obligado de los derechos, que confunden su posición en la personificación jurídico-política del nuevo Estado liberal.

EPÍLOGO.

La relación se complicará y deberá admitir nuevos matices con el surgimiento de los derechos sociales, que tensionan el marco estructural de la relación jurídica bilateral, poniendo en evidencia las carencias de un Estado insuficiente, a finales del siglo XIX y se desbordará definitivamente con la expansión del proceso de generalización de los derechos fundamentales (junto con la crisis del concepto de ley) en la segunda mitad del siglo XX, ofreciendo la imagen de un Estado superado, que sólo podrá volver a adquirir un papel protagonista en el respeto de los derechos alterando y combinando su función de sujeto pasivo con la de garante de los mismos, coincidiendo con el proceso de universalización de los derechos humanos.⁴³⁷

Las sucesivas fases del *Estado Insuficiente*, *Estado Superado* y *Estado Garante*, con las correlativas transformaciones en la relación jurídica de los derechos fundamentales, serán objeto de estudios posteriores a los que desde aquí quedamos emplazados. Nos limitaremos ahora a esbozar los grandes rasgos presentes en cada fase.

El Estado liberal despliega con eficacia sus funciones en tanto se fundamenta y proyecta sobre la clase social que lo configura y sostiene: la burguesía. En el preciso momento en que los movimientos obreros obligan a insertar a los trabajadores y campesinos en la estructura y en los fines del Estado, la configuración liberal de éste se revela insuficiente para la garantía universal de los

⁴³⁷ Una reciente aproximación puede verse en PAREJO ALFONSO, L. “Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”. En *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Núm.33, diciembre 2015. Págs 73 a 98.

derechos. Configurado como una estructura para gestionar los intereses de la burguesía, el Estado se ve obligado a implicar en su tarea a las fuerzas productivas de la sociedad para garantizar la generalización de los derechos a todas las clases sociales, lo que se articulará mediante el mecanismo de recaudación y redistribución tributaria, correlato necesario de la proyección universal del sufragio. Es el paso del Estado liberal al Estado Social de Derecho. Cronológicamente el fenómeno se inicia con las revoluciones sociales del último tercio del siglo XIX. En el proceso es decisiva la revolución industrial -que sustituye la fuerza humana y animal por la máquina como principal factor productivo- y la reacción que generará, a través del asociacionismo de las clases sociales explotadas en la misma, que se articularán políticamente a través de los partidos socialistas y anarquistas en los inicios, a los que se añadirá posteriormente, con vocación onmicomprensiva y totalizadora, el movimiento comunista.

Son muy expresivas las reflexiones que al respecto se realizan en la obra colectiva de CHÂTELET, DUHAMEL y PISIER-KOUCHNER, cuando en su análisis sobre la relación Estado-Sociedad, afirman:

“El reforzamiento del Estado-Nación a lo largo de todo el siglo XIX no plantea solo cuestiones de orden institucional y gubernamental. Al mismo tiempo que se afirma esa forma política que implica al principio la separación en grados diversos, de las instancias de poder y de la sociedad civil, ésta, debido a su desarrollo autónomo plantea a aquélla graves problemas, y suscita proyectos que llegan a contestar la utilidad (o la necesidad) del Estado. En otros términos, la cuestión social -la cuestión de la justicia distributiva, de la repartición de la riqueza (y, en consecuencia, de su producción)- se convierte cada vez más en una cuestión política”.

Pero no solo se trata, como creía Adam Smith, de determinar el tipo de poder que procure el libre desarrollo de lo económico; pronto surgen perspectivas tendentes a emperajar el orden económico y el político, subordinando el segundo al primero. Porque éste ha sufrido profundas transformaciones: se ha formado una nueva elite, las relaciones sociales se han modificado al compás de la extensión de la industria y de los intercambios comerciales, se ha formado una clase social numerosa, el proletariado urbano, que vive en condiciones a menudo miserables,

sufriendo el hacinamiento de las fábricas, cada vez más consciente de la explotación de la que es víctima y, en consecuencia, origen de revueltas que ponen en cuestión la paz civil”⁴³⁸

Si para Adam Smith la economía aún era concebible como una actividad relativamente autónoma pero subordinada a la consecución del bienestar común, esta concepción salta por los aires con la dinámica engendrada por el proceso productivo que alumbró la revolución industrial. Como apunta certeramente LICHTHEIM:

“Entre 1760 y 1840 Gran Bretaña fue transformada por la revolución industrial, a la vez que la moral social evolucionaba de forma paralela bajo la influencia de la nueva economía. El cataclismo tuvo lugar aproximadamente hacia 1800, después de que Adam Smith sintetizara la sabiduría tradicional del siglo XVIII. *The Wealth of Nations* se publicó en 1776, fecha de otro documento fundamental en la historia del naciente liberalismo: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos”. Añadiendo que: “El cambio producido por la súbita conmoción que supuso el nuevo modelo de producción fue revolucionario en todos los aspectos, y tuvo un efecto traumático sobre millones de personas, al trastocar su forma habitual de vida. Inicialmente, el cataclismo se limitó a Inglaterra, mientras los pensadores continentales y americanos tendían a creer que sus sociedades podían escapar de la terrible plaga que asolaba las islas británicas”⁴³⁹. Lo que, como ya sabemos, era evidentemente erróneo.

Las consecuencias del proceso han sido descritas, entre otros, por POLANY, señalando que: “Antes de que el proceso hubiera llegado muy lejos, los trabajadores se encontraron concentrados en nuevos lugares de desolación, las llamadas ciudades industriales de Inglaterra; los campesinos se convirtieron en los habitantes deshumanizados de las chabolas; la familia estaba en vías de perdición, y grandes zonas del país desaparecieron rápidamente bajo los montones de cenizas y virutas vomitadas por las fábricas satánicas. Escritores, de todas las tendencias y partidos, conservadores y liberales, capitalistas y socialistas, se referían invariablemente a las

⁴³⁸ CHÂTELET, F, DUHAMEL, O y PSIER-KOUCHNER, E. *Historia del pensamiento político*, Ed. Tecnos, Madrid, 1.992. Pag.104.

⁴³⁹ LICHTHEIM, Goerge. *Breve historia del socialismo*. Alianza Editorial, Madrid, 1990. Págs 21 y 22.

condiciones sociales impuestas por la revolución industrial como a verdaderos abismos de degradación humana”.⁴⁴⁰

El Estado no puede seguir sosteniendo un edificio artificial de poder que deja fuera de su perímetro a una porción cada vez más numerosa de individuos, arrojados extramuros de por vida y sin posibilidades de reintegrarse por sus propios medios ni por la evolución de las exclusivas dinámicas económicas y sociales. El Estado liberal se ve completamente impotente. Los excluidos, alienados de su propio trabajo y aun de su destino, comienzan la orquestación de movimientos asociativos que atentan contra la esencia misma de la concepción liberal del Estado, que no admitía cuerpos intermedios, como se manifestaba, entre otras, en la Ley Le Chapelier de 14 de junio de 1791 que en su artículo 1º disponía: “Siendo una de las bases fundamentales de la Constitución francesa la desaparición de todas las corporaciones de ciudadanos de un mismo estado y profesión, queda prohibido establecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto o forma que sea”.⁴⁴¹

La quiebra de esta concepción dualista del poder, entre Estado e individuo, cómo exclusivos términos de la relación (en la que el primero se limita a no impedir el ejercicio de los derechos naturales del segundo), será desmentida por la realidad del movimiento obrero, agrupado en torno a los partidos socialistas, anarquistas y comunistas. Y se abrirá una nueva fase en la evolución de los derechos: el proceso de generalización.

Como afirma PECES-BARBA: “La generalización consistirá en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía (...) La generalización supondrá, asimismo, la aceptación de la inicial categoría liberal de los derechos, como capaz de trascender su origen histórico, y los intereses que lo

⁴⁴⁰ POLANY, K. *The Great Transformation*. Beacon Press, Boston, 1957, pág. 39

⁴⁴¹ Como nos recuerda Gregorio Peces-Barba: “El derecho de asociación se prohíbe en Francia con la Ley Le Chapelier de 14 de junio de 1791, que suprime las corporaciones; los clubs políticos que emergen con la Revolución son suprimidos por el artículo 362 de la Constitución de 5 de fructidor del año III (22 de agosto de 1795). El Código Penal de 1802, en su artículo 291, condicionaba la asociación de más de 20 personas a la autorización previa del Gobierno. En España, también las asociaciones son vistas en el siglo XIX con desconfianza, partiendo del principio, influido por Hobbes y Rousseau, de que no hay ninguna fuerza intermedia entre el individuo y el Estado. Así las asociaciones políticas, las sociedades patrióticas, son prohibidas por Ley de 21 de octubre de 1820 (...) En Gran Bretaña, después de una larga lucha que arrancará de principios del siglo XIX, sólo autorizarán las asociaciones obreras con la *Trade Union Act* de 1871.

engendraron, para convertirse en una instancia válida, con un tenor racional suficientemente generalizable para servir a la realización de la autonomía moral, máxima expresión de la dignidad humana. Esta línea enfrentará a quienes, como Marx, Lenin, etc., pensaban que se trataba de una categoría esclava de la ideología burguesa, con el proceso de generalización y con los sectores liberales, democráticos y socialistas que la propugnaban”.⁴⁴²

La cristalización del movimiento socialista se produce en Francia, a pesar de que es en Inglaterra donde surgen inicialmente las condiciones sociales que lo provocan. Recuerda en este sentido LICHTHEIM que: “la transformación económica decisiva tuvo lugar en Gran Bretaña y fue después exportada, primero a Bélgica y más tarde a Francia, Alemania, Austria y otros países europeos. El problema con el que se enfrentan los historiadores del socialismo es el siguiente: el capitalismo industrial nació en Gran Bretaña, pero la protesta socialista contra el mismo encontró su expresión intelectual más coherente en Francia, país que asimiló con lentitud el nuevo modo de producción”.⁴⁴³

Lo que configura al socialismo como una nueva corriente doctrinal y política, frente a las meras ideas y pretensiones redentoras y compasivas sobre la pobreza, propias del *Cartismo Tory*, es un elemento diferenciador que tendrá un impacto decisivo en la historia de los derechos y que marca la vía de superación del Estado liberal; en efecto, la doctrina socialista no pretende simplemente paliar la pobreza y sus consecuencias sobre la masa de trabajadores alienados, lo que en realidad busca, en palabras de Litctheim es algo distinto desde sus comienzos: “no solo la mejora de las condiciones de la clase trabajadora, sino también un nuevo orden social”; por eso, el tema central del socialismo no será la pobreza, sino la igualdad.⁴⁴⁴

Desde la primera teorización socialista de Robert OWEN en los artículos publicados bajo la rúbrica de “Sistema Social” en la *New Harmony Gazette*, su asimilación con los conceptos anticapitalistas de los socialistas *ricardianos* que reformulan la distinción entre “valor” y “trabajo” para cuestionar la santidad de la

⁴⁴² PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Ed Uni Carlos III-BOE, Madrid, 1995. Págs 160-161,*

⁴⁴³ LITCHTHEIM, G. *Op. Cit.*, pág 52.

⁴⁴⁴ LITCHTHEIM, G. *Op Cit*, pág 56.

propiedad privada, y su sedimentación teórica y práctica en Francia a través de Charles FOURIER y Henri de SAINT-SIMÓN, el Estado se va concibiendo como un ente realmente operativo sobre la actividad económica y productiva de la sociedad, que ha de abandonar la actitud del *laissez faire* para tomar las riendas de una planificación económica centralizada⁴⁴⁵. Ahora bien, en la medida en que la consecución de ese objetivo -que no es sino instrumental de la verdadera finalidad de la sociedad socialista: la igualdad- puede lograrse con la colaboración de los empresarios privados, sin que se considere imprescindible ni necesaria la lucha de clases -lo que diferenciará a estos autores del posterior movimiento comunista- se ha de admitir necesariamente la superación de la relación bilateral de los derechos entre el Estado y el individuo, situando al primero en posición de influencia coercitiva sobre un tercer elemento, el empresario privado, como prestador y proveedor directo de los beneficios y derechos que se le reconocen al individuo en su posición de trabajador. En definitiva, el socialismo abre la fase del *Estado Insuficiente*, como consecuencia inevitable del reconocimiento del derecho de asociación y del sufragio universal que, al incorporar a las nuevas clases sociales en la estructura del poder estatal, transforma la función tradicional de éste añadiendo otra materialmente prestacional que ya no puede cumplir por sí solo, sino con la colaboración coactiva de los particulares a través de los mecanismos de recaudación impositiva y redistribución de la riqueza.

Curiosamente el movimiento comunista posterior pretende una vuelta a la relación bilateral mediante la abolición de las clases y la configuración de un Estado totalitario y, por ello, suficiente para la garantía de los derechos de los individuos, que se conciben como trabajadores en un sistema económico centralizado en el que el Estado es el único titular de los medios de producción y, consecuentemente, el único proveedor de derechos y beneficios. Ello implicará además la negación de la categoría de los derechos fundamentales. El proceso se inicia con Carlos Marx. A juicio de PECES-BARBA: “El núcleo del error de Marx es su vinculación del modelo histórico de derechos humanos que conoce como el único posible, y su incapacidad para entender el tenor transformador del concepto y su dinamismo, que le permitió escapar de la dependencia de la clase burguesa que lo engendró. Conoció una

⁴⁴⁵ Sobre la historia del socialismo, además de la obra citada de George Litchtheim, destacan: LANDAUER, C, *European Socialism: A History of Ideas and Movements*, 2 vol. Berkeley y Los Ángeles. Univ. of California Press, 1959. Y ANDERSON, P y BLACKBURN, R, *Towards Socialism*. Londres, New Left Review, 1965. Ithaca, N.Y. Cornell University Press, 1966.

situación histórica en que el proceso de generalización de los derechos humanos estaba en sus inicios y mayoritariamente seguía excluido el derecho de sufragio universal y el derecho de asociación, y la defensa de los intereses de la clase obrera se tenía que hacer al margen del sistema parlamentario representativo. Esta dificultad se acentúa con otros conceptos lanzados por Marx, como la desaparición progresiva del Derecho y del Estado, y la idea de dictadura del proletariado que Lenin desarrollará”.⁴⁴⁶

La relación de los derechos propugnada por Marx no sólo se vuelve a reducir al marco bilateral, sino que destruye el elemento individual del ser humano disolviéndolo en una entidad genérica omnicompresiva, generando así, en realidad, no una relación Estado-Individuo sino, más bien, Estado-Sociedad. La idea la expresa de forma palmaria en una de sus obras más relevantes, *Sobre la cuestión judía*: “Sólo cuando el hombre individual reabsorba en sí al ciudadano abstracto; y como hombre individual, en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, se haya convertido en ser genérico; sólo cuando el hombre haya reconocido y organizado su *forces propres* como fuerzas sociales y, por ello, no separe ya de sí la fuerza social bajo la figura de fuerza política, entonces se completará la emancipación humana”.⁴⁴⁷

Las dos corrientes doctrinales se materializan y desarrollan tras la Segunda Guerra Mundial. En la Europa occidental el socialismo se realizará como socialdemocracia en la articulación política del *Welfare State*, Estado Social de Derecho o Estado del Bienestar, propugnando como objetivo la búsqueda de la igualdad, en equilibrio con la libertad, y en su primera tarea práctica de reducción de la desigualdad a través de políticas públicas y derechos subjetivos prestacionales que se orientan al logro de la dignidad del ser humano, ofreciéndole recursos para la consecución de su individual proyecto de vida tanto en el punto de salida como en la meta, es decir, persiguiendo la libre igualdad real; y se hará mediante las dos técnicas básicas del *Estado Insuficiente*: la recaudación impositiva sobre los particulares más favorecidos para la redistribución de la riqueza entre los menos afortunados.

⁴⁴⁶ PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*. Ed Uni Carlos III-BOE, Madrid, 1995. Pág 95.

⁴⁴⁷ MARX, Karl. *Sobre la cuestión judía* Anthropos. Madrid, 2013. Pág 65.

En este sentido, apuntaba el profesor GARCÍA-PELAYO: “En todo caso, lo que caracteriza cualitativamente al Estado social no es tanto una política de nacionalización de los medios de producción, cuanto una más justa distribución de lo producido, llevada a cabo por la adecuada utilización para tal fin de la tradicional potestad fiscal.”⁴⁴⁸ Concluyendo que: “Así pues, desde estas perspectivas, podemos considerar al Estado social como la forma histórica superior de la función distribuidora, que siempre ha sido una de las características esenciales del Estado, pues ahora no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales, o premios y castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución y redistribución de bienes y servicios económicos. Si consideramos la amplitud de los recursos destinados a tal función y la complejidad del proceso organizativo y técnico destinado a hacerla efectiva, podemos considerar al Estado de nuestro tiempo como un gigantesco sistema de distribución y redistribución del producto social, cuya actualización afecta a la totalidad de la economía nacional, a las *policies* de cualquier especie y a los intereses de todas las categorías y estratos sociales”.⁴⁴⁹

En la Europa del Este, bajo la hegemonía de la Unión Soviética, se desarrollará el movimiento comunista marxista en las aplicaciones de Lenin y Stalin, con la desaparición forzosa de las clases sociales tras la dictadura del proletariado y disolviendo al individuo en la categoría genérica y única de la sociedad trabajadora, sobre la que ejerce sus funciones directivas y organizadoras el Estado comunista. Los derechos individuales carecen de sentido porque, en realidad, el individuo no es (o mejor dicho, debe ser) un elemento constitutivo del sistema. No es necesario teorizar una relación de los derechos, sino de los fines y de las reglas para alcanzarlos. La concepción marxista de los derechos individuales ha sido certeramente descrita por GONZÁLEZ SEARA: “Marx estima que ninguno de los derechos del hombre va más allá del hombre egoísta, replegado en sus intereses privados y disociado de su comunidad, sin consideración alguna para el hombre genérico, despegado de la necesidad y del interés privado.”⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial. Madrid, 1987. Pág 33.

⁴⁴⁹ GARCÍA PELAYO, M. *Op Cit*. Pág 35.

⁴⁵⁰ GONZÁLEZ SEARA, Luis. *El Poder y la Palabra*. Ed. Tecnos. Madrid, 1995. Pág 799.

El fin de la arquitectura comunista, con la caída del *telón de acero* en 1989, supondrá la desaparición no solo de uno, sino de los dos bloques y de las dos formas de organización del poder público en cuanto a la protección y prestación de los derechos, si bien de forma inmediata en el bloque del Este y de manera lenta y progresiva en la Europa occidental. Los países, los pueblos y las sociedades que han permanecido durante décadas en el ámbito comunista no inician una tercera vía, sino que se aprestan rápidamente a implantar en su seno el modelo occidental, con las dificultades que la falta de infraestructuras materiales, mentales y personales provoca. Y en el ámbito de la socialdemocracia occidental se empieza a cuestionar la posibilidad y aun la legitimidad de que el Estado siga asumiendo un papel de prestador de derechos, lo que hace sospechar que la posición anterior, más que fruto de la fuerza propia de las clases trabajadoras, obedecía a un cálculo prudencial de las elites económicas para conjurar la tentación o la amenaza del sistema comunista; desaparecido éste, la ecuación del cálculo varía y los postulados socialdemócratas, con el contenido y extensión de los derechos sociales, comienzan a impugnarse desde lo que PECES-BARBA denomina el reduccionismo neoliberal. Tomará así pronto carta de naturaleza la visión (y la formulación ideológica) de un *Estado Superado* como entidad capaz de garantizar y satisfacer los derechos del individuo, al menos con el contenido que los mismos habían alcanzado.

Señala el citado autor: “Decía al principio que este reduccionismo liberal está hoy vivo a finales del siglo XX, y lo vamos a ver en referencias a autores que son expresión de una ideología política muy actual, la del neoliberalismo o neoconservadurismo, con reflejo práctico en el tacherismo y en el reaganismo, y en sus epígonos en el continente europeo.

Hayek, Premio Nobel de Economía, expresa ese intento, ya hoy totalmente explícito, de vincular los derechos y las libertades con el capitalismo o, dicho de otra manera, de aproximar los principios liberales de la justicia con la economía capitalista y, consiguientemente, de deslegitimar a la aportación del socialismo democrático, que se plasma en los derechos de prestación y en la estructura política política del Estado Social de Derecho.”⁴⁵¹

⁴⁵¹ PECES-BARBA, G, Op. Cit., pág 65.

Y una de las líneas de trabajo de esta nueva corriente, como decíamos al principio de este estudio, será la de encasillar los derechos humanos dentro de la técnica jurídica de los derechos subjetivos, postulando la configuración bilateral de los mismos como la única posible, para concluir que todas aquellas prestaciones que no puedan ser directamente satisfechas por el Estado no pueden formar parte del contenido de los derechos fundamentales. Obviando para ello, lógicamente, tanto la posibilidad de una relación trilateral similar a la articulada por el *Estado Insuficiente*, como el hecho de que, incluso en la primera formulación liberal de los derechos, la relación estrictamente bilateral no era la única presente, ni estaba generalizada, ni mucho menos tenía carácter necesario, tal y como hemos tratado de demostrar en este trabajo.

Los procesos y elementos que han confluído en la visión del *Estado Superado* han sido varios y han operado, como siempre, de forma acumulativa. Podemos apuntar algunos:

1º.- El hundimiento del bloque soviético hace que la organización social comunista deje de actuar como una alternativa, real o imaginaria, a la socialdemocracia europea, frente a la que hay que defenderse; en consecuencia, quienes no se encontraban cómodos en la arquitectura del Estado de Bienestar (esencialmente las elites económicas) vuelven su mirada y sus deseos hacia la otra organización clásica, la liberal, predominante en la gran potencia occidental, los Estados Unidos de América, invocándose como alternativa no solo posible sino deseable el reduccionismo liberal (neoliberal) del Estado y sus funciones.

2º.- El contenido material de los derechos, tanto de los de prestación (salud, educación, seguros sociales, etc.) como incluso de los típicamente liberales (libertad personal y de circulación, vida, libertad de expresión, etc) ha ido aumentando como consecuencia del incremento del nivel de vida y bienestar en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial y a los avances técnicos que ofrecen nuevas y mejores posibilidades, unido todo ello a una mayor exigencia por parte de los beneficiarios a través de sus organizaciones sindicales y políticas. Asimismo, se experimenta una extensión cuantitativa de los sujetos pasivos de los derechos como consecuencia de movimientos migratorios procedentes tanto de los países del antiguo bloque comunista como de países subdesarrollados o en vías de desarrollo,

que se hacen acreedores de los derechos asistenciales una vez se instalan, siquiera provisionalmente, en los países occidentales de acogida. Todo ello hace que la carga económica necesaria para la adecuada satisfacción de los derechos sea cada vez mayor.

3º.- La revolución provocada por la tecnología digital supone un cambio en los sistemas y modos de producción igual o mayor que el que, en su día, originó la primera revolución industrial. Esto dará lugar a nuevos equilibrios de poder tanto económico como político. El fenómeno de la globalización de conocimientos y servicios exige flujos transfronterizos, tanto físicos como mentales, que hacen surgir a un individuo no deslocalizado, sino multi-localizado o expandido, con proyectos, recursos y exigencias de alcance universal que los Estados-nación tradicionales no pueden asumir por sí solos.

4º.- A su vez la acumulación del control de las nuevas tecnologías en grupos transnacionales oligárquicos otorga a estos una capacidad de influencia, de control, de poder y de dominación sobre los individuos que ni estos ni los Estados tradicionales van a poder contrarrestar y regular de manera eficaz.

El profesor PAREJO ALFONSO, en este contexto, llama la atención sobre “La emergencia de los límites de la acción configuradora y redistribuidora del Estado; límites que se han acentuado con la crisis económica actual y hoy tienen, al menos en la Europa comunitaria y sus Estados miembros rango constitucional: la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit”, añadiendo que: “Este fenómeno se ha visto acentuado, más recientemente, por: i) la acción combinada de la progresiva afirmación del dominio de lo financiero y del mercado como mecanismo preferente de satisfacción de las necesidades sociales en bienes y servicios y la desterritorialización de la economía; y ii) la consecuente imposición de un pragmatismo en el que las claves de la actividad del poder público pasan a ser la eficacia y la eficiencia, que -aún desprovistas de significado preciso, más allá del extrapolado desde el mundo de la economía privada- sirven de medida y valoración del papel y de la acción del Estado. Surgen, así, las tendencias a la racionalización de éste y, más allá aún, a la desregulación y la privatización”.⁴⁵²

⁴⁵² PAREJO ALFONSO, Lucioano. “Estado y proceso de cambio: Del Estado prestacional al garante de la prestación”. En *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Número 33. Diciembre, 2015. Pág 75.

El Estado, como hemos dicho, se va a ir dibujando como una estructura obsoleta e incluso como un obstáculo para el desarrollo de las nuevas dinámicas sociales y económicas; por lo tanto, se propugnará su reducción hasta los confines iniciales de su nacimiento liberal. El problema de esta tendencia se manifiesta en dos dimensiones: en primer lugar, no se plantea la necesidad de articular un nuevo ente político que pueda asumir las funciones que el Estado ya no es capaz de atender y, en segundo lugar, se falsean los conceptos, porque el *Estado Superado* es solo una ficción (provocada) no una realidad construida mediante el acuerdo de las fuerzas sociales, como en su día sí lo fue el *Estado Insuficiente*.

A desenmascarar esa ficción y a poner en evidencia su carácter ilusorio se puede contribuir desde distintos ámbitos y perspectivas. En este trabajo los hemos intentado hacer mediante el cuestionamiento de la concepción de los derechos fundamentales como derechos subjetivos bilaterales con carácter necesario. Otras vías operarán mediante la atribución de nuevas funciones, estructuras, articulaciones y potestades al poder público, en la aparición de una nueva configuración que podríamos denominar *Estado Garante* en la que, desde la perspectiva de los derechos, se profundice en intensidad y se amplíe en extensión la relación jurídica trilateral que ya se articuló, con éxito razonable, durante las décadas de desarrollo del *Estado Insuficiente*. Obviamente, como ocurre en todos los procesos históricos, la atribución de fases y etiquetas no es sino un recurso expositivo, ya que, en realidad, nos encontramos ante fenómenos de modulación progresiva en los que en cada periodo son detectables muestras de los anteriores, respecto de los que los posteriores no suponen una ruptura, sino una evolución adaptativa.

Desde el punto de vista de las políticas públicas, concibe PAREJO ALFONSO el Estado garante como “aquél que, sin sustituir y simplemente modular el Estado social y democrático de Derecho (al que nosotros hemos denominado *Estado Insuficiente*), se centra en garantizar la ejecución de determinados cometidos (dación de bienes y prestación de servicios) decidida en sede política sin por ello tener que asumir directamente aquella ejecución, la cual puede ser llevada a cabo

igualmente por sujetos privados (es decir: el mercado), organizaciones de interés social (tercer sector) o, incluso, los propios ciudadanos.”⁴⁵³

En la misma línea y también desde la perspectiva de las políticas públicas y del futuro papel de la Administración Pública, señala AGUILAR VILLANUEVA que la concepción, hasta ahora dominante, del Estado moderno como único responsable de la gobernabilidad, “se debe en gran medida que el tema o el problema de la ingobernabilidad se haya relacionado con el gobierno y no con la sociedad. La sociedad era de suyo supuestamente ingobernable o carente de capacidad de autogobierno, por lo que carecía de sentido preguntarse sobre su ingobernabilidad. En cambio, el riesgo de ingobernabilidad concernía al gobierno, pues se presumían o se conocían circunstancias en las que el gobierno había perdido o podía perder su capacidad de sostenerse como el agente recondutor-regulador social frente a la crecida de las presiones, conflictos y demandas de una sociedad imprevisora, indisciplinada, oportunista, incompetente y “subdesarrollada”. Sin embargo, en contradicción con la tesis, el colapso de los sistemas económicos y políticos de varios Estados sociales económicamente intervencionistas y políticamente controladores (México constituye un buen ejemplo) exhibió dramáticamente la incapacidad de los gobiernos fuertes para gobernar sus sociedades por sí mismos y la improductividad de sus mecanismos de gobierno, basados en el mando y control unilateral de la sociedad. Y esta situación inesperada de la debilidad de los gobiernos fuertes dio pie para que se comenzara paradójicamente a descubrir la fortaleza de la sociedad, a reconocer la existencia de numerosos procesos e instrumentos de autogobierno y autonomía en el seno de la sociedad –que los gobiernos habían desconocido, inhibido o sustituido– y a reconocer con mayor claridad que la capacidad efectiva de gobernar del gobierno, de conducir y regular a su sociedad se sustenta en su capacidad/habilidad para acoplar sus planes, decisiones y tareas directivas con los otros poderes públicos y, particularmente, con los planes, iniciativas, expectativas y poderes de los sectores privado y social”.⁴⁵⁴

Aventurando el nuevo papel de la Administración Pública en esta evolución, se puede afirmar que: “En contraste (con el papel que desempeñó en el Estado

⁴⁵³ PAREJO ALFONSO, L. *Op. Cit.* Pág 87

⁴⁵⁴ AGUILAR VILLANUEVA, Luis. F. “Los perfiles de la Gobernación y la Gestión Pública al comienzo del siglo XXI”, POSTData, n° 8, septiembre, 2002. (<http://www.revistapostdata.com.ar>) Pág 100.

Social), la nueva Administración Pública, por haber comenzado a cuestionar y superar su tradicional autoreferencia gubernamentalista y haber comenzado a incorporar formas diversas de participación ciudadana representativa y responsable como sus condiciones de operación, se convierte ahora, en sí misma, por sus características y pautas de operación, en un mecanismo de coordinación social y de coordinación entre el mundo social y el Estado. En suma, la nueva Administración Pública, en su misma organización y en su mismo proceso operativo, *ex ante*, contribuye al orden, acoplamiento y cooperación social; a la gobernación de la sociedad”.⁴⁵⁵

En el ámbito de la teoría de los derechos, se hará precisa una articulación de la estructura definida por una relación jurídica trilateral entre sujeto activo (titular), sujeto pasivo (obligado) y garante (Estado), variable en función del contenido concreto del derecho y de las posibilidades técnicas y económicas de su prestación, sin renunciar al carácter universal de los mismos. Asimismo, aparece como ineludible la necesidad de una nueva teoría del Estado que asuma la diversa personificación del poder público como garante de los derechos, desde configuraciones supranacionales hasta locales o instrumentales -en coherencia la *geometría variable* anunciada por Manuel CASTELLS-⁴⁵⁶ descansando todas ellas en la legitimidad y potestad de un órgano de representación y decisión política que, probablemente, haya de construirse sobre la base de un mayor protagonismo y relevancia de las cámaras parlamentarias.

Pues bien, a intentar aportar elementos para estas vías, como se apuntó antes, nos emplazamos en el futuro.

⁴⁵⁵ AGUILAR VILLANUEVA, Luis. F, *Op Cit.* Págs 107-108.

⁴⁵⁶ CASTELLS, Manuel. La Era de la Información. Alianza Editorial. Barcelona, 1997. En el Volumen 3, páginas 380-381, afirma: “Las relaciones de poder también están siendo transformadas por los procesos sociales (...) La principal transformación concierne a la crisis del Estado-nación como entidad soberana y la crisis relacionada de la democracia política, según se construyó en los dos últimos siglos. Como las órdenes del Estado no pueden hacerse cumplir plenamente y como alguna de sus promesas fundamentales, encarnadas en el Estado de bienestar, no pueden mantenerse, tanto su autoridad como su legitimidad están en entredicho. Puesto que la democracia representativa se basa en la idea de un estado soberano, el desdibujamiento de las fronteras de la soberanía conduce a la incertidumbre en el proceso de delegación de la voluntad del pueblo. La globalización del capital, la multilateralización de las instituciones de poder y la descentralización de la autoridad a los gobiernos regionales y locales producen una nueva geometría de poder, induciendo quizá una nueva forma de Estado, el estado red”. Añadiendo en la página 389: “Los estados-nación sobrevivirán, pero no así su soberanía. Se unirán en redes multilaterales con una geometría variable de compromisos, responsabilidades, alianzas y subordinaciones”.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La estructura del derecho subjetivo y la relación jurídica que de ella se deriva están determinadas por su contenido.

SEGUNDA. El contenido del derecho subjetivo está determinado por la necesidad o el interés del ser humano que con su prestación se satisface o se pretende satisfacer.

TERCERA. La necesidad o el interés que determina el contenido del derecho subjetivo se configura de forma dual:

- a) Estructuralmente: En virtud de las demandas esenciales para hacer viable la vida del ser humano
- b) Coyunturalmente: En virtud de las posibilidades que históricamente estén al alcance del ser humano para disfrutar de una vida mejor.

CUARTA. La conceptualización del derecho subjetivo ha generado históricamente dos tipos de relaciones jurídicas:

- a) Trilateral, entre sujeto activo, sujeto pasivo y garante.
- b) Bilateral, entre sujeto activo y sujeto pasivo, asumiendo éste último también la posición de garante, con la que se confunde.

La relación trilateral es la que se formula en las teorizaciones medievales del *ius*, en el seno de las luchas entre el papado y las autoridades temporales y que - desde los principios del derecho romano- extrae y expone Guillermo de Occam. Asimismo, es la subyacente en las declaraciones liberales de derechos de finales del siglo XVIII.

La relación jurídica bilateral del derecho subjetivo es la que surge de la evolución política e institucional que se produce tras las declaraciones liberales burguesas. Por ello, puede afirmarse que no existe impedimento jurídico, lógico, formal o histórico para el diseño y aplicación de una relación jurídica trilateral en la definición y prestación de los derechos fundamentales en la actualidad y en el futuro.

QUINTA. Todos somos sujetos activos de los derechos cuya titularidad nos corresponde y todos somos sujetos pasivos de los derechos cuya titularidad corresponde a los demás.

SEXTA. Para cumplir su función como sujetos pasivos de los derechos los seres humanos han adoptado diversos métodos o personificaciones históricas, desde la *polis* griega hasta el estado nacional liberal.

SÉPTIMA La incapacidad o agotamiento de un determinado método o de una concreta personificación histórica para cumplir adecuadamente la función de sujeto pasivo de los derechos no implica necesariamente la imposibilidad de satisfacer el contenido de los derechos afectados, sino tan solo la necesidad de modificar la personificación o el método que ha devenido insuficiente, bien en su estructura, bien en su alcance o bien en su posición dentro de la relación jurídica del derecho.

ANEXO I

Primera Carta de Virginia de 1607.

Fuente: Luis Grau Gómez y Manuel Martínez Neira; *Historia del Constitucionalismo Americano*, Ed. Dykinson, Madrid, vol. I, pp. 49-69

Primera Carta de Virginia, 1606 (fragmentos) I. James, por la gracia de Dios, rey de Inglaterra, Escocia, Francia e Irlanda, defensor de la fe, etc. Considerando que nuestros amados y bien dispuestos súbditos Sir Thomas Gates y Sir George Somers, caballeros, Richard Hackluit, escribano, prebendado de Westminster, y Edward-Maria Wingfield, Thomas Hanham y Raleigh Gilbert, esquires, William Parker y George Popham, caballeros, y algunos otros de nuestros amados súbditos, nos han estado solicitando humildemente que podríamos concederles nuestro permiso para hacer morada, asentamiento y conducir una colonia de algunas de nuestra gentes a aquella región de América llamada comúnmente Virginia, y a otras regiones y territorios de América que bien nos pertenezcan o que de hecho no los posea ningún príncipe o pueblo cristiano, situados, ubicados y que estén a todo lo largo de las costas marítimas entre los 34 grados de latitud septentrional desde la línea equinoccial y los 45 grados de la misma latitud, y por tierra firme entre los mismos 34 y los 45 grados, y las islas adyacentes a esa costa o [que estén] hasta cien millas de ella. II. Y a ese fin, y para el logro más expeditivo de su intencionado asentamiento y morada en aquel lugar, desean dividirse en dos colonias y compañías separadas: una formada por ciertos caballeros, gentilhombres, mercaderes y otros inversores de nuestra ciudad de Londres y de otros lugares que se les han asociado, y [más que] de vez en cuando se les asociarán, que desean comenzar su asentamiento y morada en algún lugar adecuado y conveniente entre los 34 y los 41 grados de dicha latitud, a lo largo de las costas de Virginia y de las costas de América antedichas. Y la otra [compañía] formada por varios caballeros, gentilhombres, mercaderes y otros inversores de nuestras ciudades de Bristol y Exeter y de nuestra población de Plymouth y de otros lugares, que se asocian entre ellos en esa Colonia, que desean comenzar su asentamiento y morada en algún lugar adecuado y conveniente entre los 38 y los 45 grados de dicha latitud, a todo lo largo de dichas costas de Virginia y América, según trascurre esa costa. III. Nosotros, mediante estas nuestras letras patentes, graciosamente aceptamos y consentimos a sus humildes y bien intencionados deseos, elogiando enormemente y aceptando graciosamente sus deseos de que prospere tan noble esfuerzo, que con la Providencia de Dios todopoderoso puede servir de aquí en adelante para la gloria de su Divina Majestad, propagando la religión cristiana a la gente que todavía vive en la oscuridad y miserable ignorancia del verdadero conocimiento y culto de Dios, y puede que con el tiempo conduzca a los infieles y salvajes que viven en aquellas tierras a las costumbres humanas civilizadas y a un gobierno estable y pacífico. IV. Y por tanto, en nuestro nombre, el de nuestros herederos y sucesores, concedemos y acordamos que los susodichos Sir Thomas Gates, Sir George Somers, Richard Hackluit y Edward-Maria Wingfield, inversores de nuestra ciudad de Londres, y todos los demás que se les han asociado o se les asocien en esa colonia, se denominarán la Primera Colonia. Y podrán comenzar y comenzarán su primer asentamiento y morada en cualquier lugar de dicha costa de Virginia o América que consideren adecuado y conveniente entre los mencionados 34 y los 41 grados de dicha latitud [norte]. Y poseerán

todas las tierras, bosques, suelos, terrenos, refugios, puertos, ríos, minas, minerales, marismas, aguas, pesquerías, bienes y heredades de toda clase [incluidos] desde dicha primera sede de su asentamiento y morada hasta una distancia de cincuenta millas de medida inglesa estatutaria a lo largo de dicha costa de Virginia y América hacia el oeste y hacia el suroeste según transcurre la costa, y todas las islas que se encuentren hasta cien millas justo enfrente de esa misma costa marítima. [...] Y podrán habitar y permanecer, y habitarán y permanecerán allí; y también podrán construir y fortificar, y construirán y fortificarán en la misma zona, para su mejor salvaguardia y defensa, según su mejor criterio y el criterio del Consejo de esa colonia. Y no se permitirá [ir a allá] a ningún otro de nuestros súbditos, ni se le tolerará cultivar ni habitar hacia el interior, ni en la región posterior a la de ellos hacia tierra firme, sin primero haber tenido y obtenido por escrito licencia para ello o consentimiento expreso del Consejo de esa colonia. [...] VII. Y también ordenamos, establecemos y acordamos, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, que cada una de dichas colonias tenga un Consejo que gobernará y organizará todas las materias y causas que se planteen, desarrollen o sucedan en cada una de esas colonias, según las leyes, ordenanzas e instrucciones que en su nombre se otorguen y se firmen de nuestra mano o firma real, y lleven el sello privado de nuestro reino de Inglaterra. Cada uno de dichos Consejos estará formado por trece personas, elegidas, nombradas y destituidas cuando sea necesario según se indique y haga constar en las mismas instrucciones. Y [cada Consejo] tendrá su sello diferente, para [usarlo en] todos los asuntos que aprueben o atañan a cada uno de esos consejos. Cada uno de cuyos sellos tendrán el blasón del rey grabado en un lado y su retrato en el otro. Y el sello de Consejo de dicha Primera Colonia tendrá grabado a su alrededor, en un lado, estas palabras: “Sello del Rey de Gran Bretaña, Francia e Irlanda”; y en el otro lado esta inscripción alrededor: “Para el Consejo de la primera Colonia de Virginia”. Y el sello del Consejo de dicha Segunda Colonia también tendrá grabado alrededor por un lado las mencionadas palabras: “Sello del Rey de Gran Bretaña, Francia e Irlanda”; y por el otro lado: “Para el Consejo de la segunda Colonia de Virginia”. VIII. Y también habrá un Consejo afincado aquí de Inglaterra, que estará formado igualmente por trece personas, designadas para ello por nosotros, por nuestros herederos y sucesores, y que se denominará nuestro Consejo de Virginia. Y cuando sea necesario se encargará de la más alta gestión y dirección sólo de todas las materias que pudieran afectar o afecten al gobierno tanto de cada una de dichas colonias como de cualquier otra región o lugar incluido dentro de los límites de los 34 y los 45 grados antes mencionados. Consejo que deberá, de igual manera, tener un sello para los asuntos relacionados con el Consejo o las colonias, con el mismo blasón y retrato antes mencionado, y con la inscripción, grabada alrededor en un lado: “Sello del Rey de Gran Bretaña, Francia e Irlanda”; y alrededor en el otro lado: “Para su Consejo de Virginia”. IX. Y además, concedemos y acordamos, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, que cada uno de dichos Consejos de cada una de las susodichas colonias, en virtud de lo expuesto, cuando sea necesario, sin ninguna interrupción por nuestra parte, ni por la de nuestros herederos y sucesores, legalmente podrán dar y recibir y darán y recibirán órdenes para excavar, extraer y buscar todo tipo de minas de oro, plata y cobre, tanto en cualquier parte de cada una de las mencionadas colonias como en la tierra firme más allá de dichas colonias. Y el oro, plata y cobre que se obtenga lo tendrán y disfrutarán para el uso y beneficio de las mismas colonias y de sus asentamientos; cediéndonos, a nosotros, a nuestros herederos y sucesores, sólo la quinta parte de todo el oro y la plata, y la quinceava parte del cobre, que, como se ha dicho, se obtenga o consiga, sin que

por la misma causa se nos tenga que dar ni ceder, a nosotros, a nuestros herederos o sucesores, ningún otro tipo de ganancia o cantidad. X. Y que legalmente podrán establecer y hacer y establecerán y harán que se acuñe una moneda para que circule entre la gente de cada una de esas colonias, para facilitar el comercio y la negociación entre ellos y los nativos de allí, de tal metal y de tal manera y forma, como prescriban e indiquen cada uno de los mencionados Consejos.. También, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, declaramos por las presentes [letras patentes] que todas y cada una de las personas que sean súbditos nuestros, que moren y habiten en todas y cada una de dichas colonias y asentamientos, y todos sus hijos que nazcan dentro de cualquiera de los límites y demarcaciones de cada una de dichas colonias y asentamientos, tendrán y disfrutarán, a todos los fines, de todas las libertades, franquicias e inmunidades que haya en cualquiera de nuestros otros dominios, igual que si hubieran morado y nacido en este nuestro reino de Inglaterra, o en cualquier otro de nuestros dominios. [...] XVIII. Y finalmente, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, concedemos y acordamos con los susodichos Sir Thomas Gates, Sir George Somers, Richard Hackluit, Edward-Maria Wingfield, y con todos los demás de dicha Primera Colonia, que cuando se solicite, nosotros, nuestros herederos y sucesores, mediante letras patentes con el gran sello de Inglaterra, daremos y concederemos a tales personas, y a sus herederos y designados que el Consejo de esa colonia, o la mayor parte de sus [miembros], nombre y asigne para ese fin, todas las tierras, arrendamientos y heredades que estén dentro de las demarcaciones delimitadas para esa colonia, como se ha dicho, para que las ocupen en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, como lo es nuestro Señorío de East Greenwich, en el condado de Kent, sólo en libre y común socage, y no in capite. [...] [Firmado el Secretario] Por mandato con sello privado. (El documento completo se puede encontrar en Grau 2009, vol. I, pp. 49-69.)

ANEXO II

Pacto del *Mayflower*, 11 de noviembre de 1620.

Fuente: <http://www.allabouthistory.org/spanish/pacto-del-mayflower.htm>

En el nombre de Dios, Amén. Nosotros, cuyos nombres están escritos debajo, súbditos leales de nuestro temible Soberano Señor, Rey James, por la Gracia de Dios, de Inglaterra, Francia e Irlanda, Rey, Defensor de la Fe. Habiendo emprendido para la Gloria de Dios, el Avance de la Fe Cristiana y el Honor de nuestro Rey y Patria, una travesía para plantar la primera colonia al norte de Virginia; los presentes hacemos pacto solemne y mutuamente, en la Presencia de Dios y nuestra, y conjuntamente formamos un Cuerpo Político Civil para nuestro orden, preservación y fomento de los fines antedichos; y por virtud de esto establecemos, aprobamos, constituimos y formulamos leyes justas y equitativas, Ordenanzas, Actas, Constituciones y Oficios, de tiempo en tiempo, según sea considerado propio y conveniente para el Bienestar General de la Colonia, a la cual prometemos toda la debida obediencia y sumisión. En fe de lo cual hemos suscrito nuestros nombres en Cape Cod, el once de noviembre, en el Reino de Nuestro Soberano Señor, Rey James de Inglaterra, Francia e Irlanda, el decimoctavo, y de Escocia, el quincuagésimo cuarto. Año de Nuestro Señor, 1620.

ANEXO III

Las *Fundamentals Orders of Connecticut* de 14 de enero 1639

Fuente: Sarmiento, Domingo Faustino, "Conflicto y armonías de las razas en América"
<http://www.proyectosarmiento.com.ar/trabajos.pdf/conflicto.pdf> Traducción actualizada en
<http://constitucionweb.blogspot.com.es/2012/03/ordenes-fundamentales-de-conneticut.html>

Por cuanto ha sido la voluntad del Todopoderoso, mediante la sabia disposición de su Divina Providencia, ordenar y disponer las cosas de manera que nosotros los habitantes y residentes de Windsor, Hartford y Wethersfield, estemos residiendo y morando a lo largo del río Connecticut y tierras adyacentes. Y sabiendo que cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios requiere, para mantener la paz y unión de tal pueblo, haber establecido un gobierno ordenado y decente, en conformidad con Dios, para que organice y disponga de los asuntos del pueblo, en todas las situaciones tal como el caso lo requiera.

Por lo tanto, nosotros, nos asociamos y unimos para hacer un estado libre asociado o público y en nuestro propio nombre y en el de nuestros sucesores, y en el de todos aquellos que en adelante puedan unírseles, establecemos juntos una alianza y confederación, para mantener y preservar la libertad y la pureza del Evangelio de Nuestro Señor Jesús, el cual profesamos, como también las disciplinas de la iglesia, que conforme a la verdad de dicho evangelio son ahora practicadas entre nosotros; así como también para ser conducidos y gobernados en nuestros asuntos civiles conforme a las leyes, ordenanzas, edictos y decretos que serán hechos, ordenados y establecidos como sigue:

1º Se ordena, sentencia y decreta, que habrá anualmente dos asambleas o cortes, la una el segundo Martes de Abril, y la otra el segundo Martes de Setiembre siguiente; la primera será llamada Corte de Elección, en la que se elegirán anualmente, de tiempo en tiempo, tantos magistrados y otros oficiales públicos cuantos se consideren necesarios. De los cuales, uno será elegido Gobernador para el año siguiente, y hasta que otro sea elegido, y ningún otro magistrado será elegido por más de un año, con tal que siempre haya seis elegidos a más del Gobernador; los cuales siendo elegidos y juramentados conforme a un juramento registrado para aquel objeto, tendrán poder para administrar justicia según las leyes aquí establecidas, y a falta de ellas, conforme a la regla de la palabra de Dios; cuya elección será hecha por todos los que son admitidos hombres libres y han prestado juramento de fidelidad, y residen dentro de esta jurisdicción (habiendo sido admitidos como habitantes por la mayor parte de los vecinos del Municipio en el que viven o por la mayor parte de los que en ese momento estén presentes).

2º Se ordena, sentencia y decreta que la elección de los citados magistrados será hecha de esta manera: Toda persona presente y calificada para elegir, entregará (a la persona encargada para recibirlo) una sola papeleta con el nombre escrito de aquel a quien desea tener por Gobernador, y el que tenga el número mayor de papeletas será nombrado por aquel año. Y el resto de los magistrados u oficiales públicos, deberá ser elegido de esta manera: El Secretario en ejercicio por aquel tiempo, leerá primero los nombres de todos los que van a ponerse a elección, y en seguida los nombrará a cada uno separadamente, y todo aquel que quiera que se nombre la persona que va a elegirse, lo traerá escrito sobre una sola papeleta, y el que no quiera que sea elegido lo traerá en blanco; y todo aquel que tuviese papeletas escritas más que blancas será magistrado por aquel año; papeletas que serán recibidas y leídas por alguno o más por los que hayan sido entonces por la Corte, y juramentados al fiel desempeño, pero en el caso que no hayan sido seis a más del Gobernador, de aquellos que fueron nombrados, entonces aquellos que hayan tenido más papeletas escritas serán los magistrados por el siguiente año, hasta completar dicho número.

3° Se ordena, sentencia y decreta que el Secretario no nombrará persona alguna ni se elegirá nuevamente persona alguna en la magistratura que no haya sido propuesta en alguna Corte general antes para ser nombrado en la siguiente elección; y para aquel fin será lícito a cada uno de los municipios citados, por medio de sus diputados, nombrar dos que consideren aptos para ser puestos a elección; y la Corte puede añadir tantos cuantos juzgue necesarios.

4° Se ordena, sentencia y decreta que ninguna persona sea elegida Gobernador sino cada dos años, y el Gobernador será siempre un miembro de alguna congregación aprobada, y que haya sido antes de la magistratura, en esta jurisdicción; y que todos los magistrados sean hombres libres de esta comunidad; y que ningún magistrado u otro oficial público ejecute una parte de su oficio antes de haber prestado juramento cada uno de ellos, lo cual se hará ante la corte, si se estuviere presente, y en caso contrario por apoderado para aquel objeto.

5° Se ordena, sentencia y decreta que los diversos municipios enviarán sus diputados a la sobredicha Corte de Elección, y cuando las elecciones hayan concluido, podrán actuar en cualquier servicio público como se hace en las otras Cortes. También la otra Corte General en Setiembre será para hacer leyes y para cualquier otro asunto público que concierna al bien de la comunidad.

6° Se ordena, sentencia y decreta que el gobernador por sí o por su Secretario, enviará órdenes a los guardias de cada ciudad para que convoquen las dos Cortes permanentes, una vez al menos antes de sus épocas determinadas. Y también si el Gobernador y la mayor parte de los magistrados viesen que había causa en especial ocasión para convocar una Corte General, pueden dar orden al Secretario para hacerlo así dentro de los quince días del aviso; y si una urgente necesidad así lo requiriese, aviso más rápido, dando suficiente motivo para ello a los Diputados cuando se reúnan, o sea interrogado por ellos por lo mismo; y si el Gobernador y la mayor parte de los magistrados descuidan o rehúsan convocar las dos Cortes Generales permanentes, o uno u otro de ellos, como también en las otras ocasiones, cuando las necesidades de la república lo requieran, los hombres libres de ella o la mayor parte de ellos pedirán que así lo hagan; si en seguida fuese negado o descuidado hacerlo, los dichos hombres libres o la mayor parte de ellos, tendrán poder para dar orden a los condestables de los varios municipios que lo hagan, y así puede reunirse y elegirse un Moderador, y pueden proceder a ejercer todo acto de poder que toda otra Corte General pueda.

7° Se ordena, sentencia y decreta que después que se hayan dado decretos por algunas de las dichas Cortes Generales, el guardia de cada ciudad dará de ello noticia distintamente a los habitantes del mismo, en alguna asamblea pública, oyendo o enviando de casa en casa para que en un lugar y tiempo que él limite y señale se reúnan para elegir los determinados diputados que se encuentren en la siguiente Corte General, para agitar los negocios de la república; cuyos diputados serán elegidos por todos los que sean admitidos habitantes en los varios municipios, y han prestado juramento de fidelidad; con tal que no vaya elegido diputado para una Corte General el que no sea hombre libre de esta república.

Los citados diputados serán elegidos de la manera siguiente: Toda persona que esté presente y calificada como antes se ha expresado, presentará tantos nombres, escritos en diversas boletas, cuantos desee que sean elegidos para aquel empleo, y estos tres o cuatro, más o menos, siendo el número convenido para ser elegido por aquel tiempo, los que tengan el mayor número de papeletas escritas por ellos serán diputados para aquella Corte; cuyos nombres serán puestos al respaldo del Decreto y vueltos a la Corte, con las firmas de los Condestables al pie.

8° Se ordena, sentencia y decreta que Windsor, Hartford y Wethersfield tendrán poder, cada municipio, para enviar cuatro de sus hombres libres como diputados a cada Corte General, y siempre que otros municipios se agreguen en adelante a esta jurisdicción, enviarán tantos diputados como la Corte juzgue corresponder en una racional proporción al número de hombres libres que haya en los municipios a quienes haya de proveerse; cuyos diputados tendrán el poder de todo el municipio para dar sus votos y decretar gastos, para todas las dichas leyes y órdenes que se reputen de interés público y que deban obligar a dichos municipios.

9º Se ordena, sentencia y decreta que los diputados de este modo elegidos, tienen facultad para señalar el tiempo y lugar de reunirse antes de una Corte General, para consultarse y aconsejarse sobre todas las cosas concernientes al bien público, como también a examinar sus propias elecciones, para ver si están conformes a la orden, y si ellos o la mayor parte de ellos hallasen que una elección es ilegal, pueden separar el electo por el presente de su reunión, y dar cuenta de ello con sus razones a la Corte; y si resultase ser cierto, la Corte puede multar a la parte o partes intrusas, y al municipio si halla para ello causa, y expedirá un decreto para proceder a nuevas elecciones en la forma legal, ya en parte ya en el todo. También los dichos diputados tendrán poder para multar a los que se conduzcan desordenadamente en sus reuniones, o bien por no asistir en debido tiempo al lugar que fuere designado; y ellos pueden devolver las dichas multas a la Corte, si se rehusasen a pagarlas, debiendo el Tesorero tomar nota de ellas y exigir y cobrar las mismas como lo hacen las otras.

10. Se ordena, sentencia y decreta que toda Corte General, excepto los que convoquen los propios hombres libres debido a la negligencia del Gobernador o de los magistrados, estará formado por el Gobernador, o alguien nombrado para moderar la Corte, y al menos otros cuatro magistrados, mas la mayoría de los diputados legalmente elegidos de cada municipio; y en el caso de que, por causa de descuido o negativa del Gobernador y de la mayoría de los magistrados, los hombres libres, o su mayoría, convocarán una Corte, que estará formada por la mayoría de los hombre libres que estén o por sus Diputados, con un moderador elegido por ellos, en cuyo caso en dicha Corte General estará el supremo poder de la comunidad, y ellos solamente tendrán el poder para hacer leyes y revocarlas, imponer impuestos, admitir hombres libres, disponer de las tierras baldías, en favor de los municipios o las personas, y tendrá poder también para convocar ante cualquier Corte o Magistrado a cualquier persona para que testifique sobre algún delito, y puede por justas causas suspenderla o proceder de cualquier otro modo, conforme a la naturaleza de la ofensa, y también pueden proceder de cualquier otro asunto que concierna al bien la comunidad, excepto elección de Magistrados, la cual será hecha por todo el cuerpo de los hombres libres.

En la Corte, el gobernador o moderador tendrá poder para organizar la Corte, conceder la palabra e imponer silencio por discursos desordenados y fuera del caso, poner todas las cosas a votación, y en el caso que el voto sea igual tener un voto decisivo. Pero ninguna de estas Cortes será prorrogada o disuelta sin el consentimiento de la mayor parte de sus miembros.

11. Se ordena, sentencia y decreta que cuando una Corte General, debido a los acontecimientos de la comunidad, haya convenido que se recaude alguna suma o sumas de dineros en cada municipio de esta jurisdicción, se elija una comisión para establecer o designar cuál será la proporción que cada municipio debe pagar de dicho impuesto, con tal que la Comisión sea compuesta de un número igual de delegados de cada municipio.

El 14 de Enero de 1639, las once órdenes sobredichas son votadas.

ANEXO IV

El *Body of Liberties* de Massachusetts de 1641

Fuente: Constitution Society

<http://www.constitution.org/bcp/mabodlib.htm>

Versión digital obtenida de "Massachussets Body of Liberties" The Colonial Laws of Massachussets, ed W.H. Withmore (Bostón, 1890),

THE FREE fruition of such liberties, Immunities, and priveledges as humanity, Civility, and Christianity call for as due to every man in his place and proportion, without impeachment, and infringement, hath ever been and ever will be the tranquillity and Stability of Churches and Commonwealths. And the denial or deprival thereof, the disturbance if not the ruine of both.

We hold it therefore our duty and safety whilst we are about the further establishing of this Government to collect and express all such freedoms as for present we foresee may concern us, and our posterity after us, And to ratify them with our solemn consent.

We do therefore this day religiously and unanimously decree and confirm these following Rites, liberties, and priveledges concerning our Churches, and Civil State to be respectively, impartially, and inviolably enjoyed and observed throughout our Jurisdiction for ever.

1. No man's life shall be taken away, no man's honour or good name shall be stained, no man's person shall be arrested, restrained, banished, dismembered, nor any ways punished, no man shall be deprived of his wife or children, no man's goods or estate shall be taken away from him, nor any way indamaged under colour of law or Countenance of Authority, unless it be by vertue or equity of some express law of the Country warranting the same, established by a general Court and sufficiently published, or in case of the defect of a law in any particular case by the word of God. And in Capital cases, or in cases concerning dismembering or banishment according to that word to be judged by the General Court.

2. Every person within this Jurisdiction, whether Inhabitant or foreigner, shall enjoy the same justice and law, that is general for the plantation, which we constitute and execute one towards another without partiality or delay.

3. No man shall be urged to take any oath or subscribe any articles, covenants or remonstrance, of a public and Civil nature, but such as the General Court hath considered, allowed, and required.

4. No man shall be punished for not appearing at or before any Civil Assembly, Court, Counsel, Magistrate, or Officer, nor for the omission of any office or service, if he shall be necessarily hindred by any apparent Act or providence of God, which he could neither foresee nor avoid. Provided that this law shall not prejudice any person of his just cost or damage, in any civil action.

5. No man shall be compelled to any public work or service unless the press be grounded upon some act of the general Court, and have reasonable allowance therefore.

6. No man shall be pressed in person to any office, work, wares, or other public service, that is necessarily and sufficiently exempted by any natural or personal impediment, as by want of years, greatness of age, defect of mind, failing of senses, or impotency of Limbs.

7. No man shall be compelled to go out of the limits of this plantation upon any offensive wars which this Commonwealth or any of our friends or confederates shall voluntarily undertake. But only upon such vindictive and defensive wares in our own behalf or the behalf of our friends and confederates as shall be enterprized by the Counsel and consent of a Court general, of by authority derived from the same.

8. No man's Cattle or goods of what kind soever shall be pressed or taken for any public use or service, unless it be by warrant grounded upon some act of the general Court, nor without such reasonable prices and hire as the ordinary rates of the Country do afford. And if his Cattle or goods shall perish or suffer damage in such service, the owner shall be sufficiently recompensed.

9. No monopolies shall be granted or allowed amongst us, but of such new Inventions that are profitable to the Country, and that for a short time.

10. All our lands and heritages shall be free from all fines and licenses upon Alienations, and from all harrlots, wardships, Liveries, Primer-seisins, year day and wast, Escheates, and forfeitures, upon the deaths of parents or Ancestors, be they natural, casual or Judicial.

11. All persons which are of the age of 21 years, and of right understanding and memories, whether excommunicate or condemned shall have full power and liberty to make there wills and testaments, and other lawful alienations of their lands and estates.

12. Every man whether Inhabitant or foreigner, free or not free shall have liberty to come to any public Court, Counsel, or Town meeting, and either by speech or writing to move any lawful, seasonable, and material question, or to present any necessary motion, complaint, petition, Bill or information, whereof that meeting hath proper cognizance, so it be done in convenient time, due order, and respective manner.

13. No man shall be rated here for any estate or revenue he hath in England, or in any foreign parties till it be transported hither.

14. Any Conveyance or Alienation of land or other estate what so ever, made by any woman that is married, any child under age, Idiot or distracted person, shall be good if it be passed and ratified by the consent of a general Court.

15. All Covenous or fraudulent Alienations or Conveyances of lands, tenements, or any hereditaments, shall be of no validity to defeat any man from due debts or legacies, or from any just title, claim or possession, of that which is so fraudulently conveyed.

16. Every Inhabitant that is an house holder shall have free fishing and fowling in any great ponds and Bayes, Coves and Rivers, so far as the sea ebbs and flows within the precincts of the town where they dwell, unless the free men of the same Town or the General Court have otherwise appropriated them, provided that this shall not be extended to give leave to any man to come upon others property without there leave.

17. Every man of or within this Jurisdiction shall have free liberty, notwithstanding any Civil power to remove both himself, and his family at their pleasure out of the same, provided there be no legal impediment to the contrary.

Rites, Rules, and Liberties concerning Judiciall proceedings

18. No man's person shall be restrained or imprisoned by any authority whatsoever, before the law hath sentenced him thereto, if he can put in sufficient security, bail or mainprise, for his appearance, and good behaviour in the mean time, unless it be in Crimes Capital, and Contempts in open Court, and in such cases where some express act of Court doth allow it.

19. If in a general Court any miscarriage shall be amongst the Assistants when they are by themselves that may deserve an Admonition or fine under 20 sh. it shall be examined and sentenced amongst themselves, If amongst the Deputies when they are by themselves, it shall be examined and sentenced amongst themselves, If it be when the whole Court is together, it shall be judged by the whole Court, and not severally as before.

20. If any which are to sit as Judges in any other Court shall demean themselves offensively in the Court, The rest of the Judges present shall have power to censure him for it, if the cause be of a high nature it shall be presented to and censured at the next superior Court.

21. In all cases where the first summons are not served six days before the Court, and the cause briefly specified in the warrant, where appearance is to be made by the party summoned, it shall be at his liberty whether he will appear or no, except all cases that are to be handled in Courts suddenly called, upon extraordinary occasions, In all cases where there appears present and urgent cause any assistant or officer appointed shall have power to make our attachments for the first summons.

22. No man in any suit or action against an other shall falsely pretend great debts or damages to vex his adversary, if it shall appear any doth so, The Court shall have power to set a reasonable fine on his head.

23. No man shall be adjudged to pay for detaining any debt from any Creditor above eight pounds in the hundred for one year, And not above that rate proportionable for all some what so ever, neither shall this be a colour or countenance to allow any usury amongst us contrary to the law of god.

24. In all Trespasses or damages done to any man or men, If it can be proved to be done by the mere default of him or them to whom the trespass is done, It shall be judged no trespass, nor any damage given for it.

25. No Summons pleading Judgement, or any kind of proceeding in Court or course of Justice shall be abated, arrested or reversed upon any kind of circumstantial errors or mistakes, If the person and cause be rightly understood and intended by the Court.

26. Every man that findeth himself unfit to plead his own cause in any Court shall have Liberty to employ any man against whom the Court doth not except, to help him, Provided he give him no fee or reward for his paines. This shall not exempt the party him self from Answering such Questions in person as the Court shall think meet to demand of him.

27. If any plaintiff shall give into any Court a declaration of his cause in writing, The defendant shall also have liberty and time to give in his answer in writing, And so in all further proceedings between party and party, So it doth not further hinder the dispatch of Justice then the Court shall be willing unto.

28. The plaintiff in All Actions brought in any Court shall have liberty to withdraw his Action, or to be nonsuited before the Jury hath given in their verdict, in which case he shall always pay full cost and charges to the defendant, and may afterwards renew his suite at an other Court if he please.

29. In all actions at law it shall be the liberty of the plaintiff and defendant by mutual consent to choose whether they will be tried by the Bench or by a Jury, unless it be where the law upon just reason hath otherwise determined. The like liberty shall be granted to all persons in Criminal cases.

30. It shall be in the liberty both of plaintiff and defendant, and likewise every delinquent (to be judged by a Jury) to challenge any of the Jurors. And if his challenge be found just and reasonable by the Bench, or the rest of the Jury, as the challenger shall choose it shall be allowed him, and tales de cercumstantibus impaneled in their room.

31. In all cases where evidences is so obscure or defective that the Jury cannot clearly and safely give a positive verdict, whether it be a grand or petit Jury, It shall have liberty to give a non Liquit, or a special verdict, in which last, that is in a special verdict, the Judgement of the cause shall be left to the Court, And all Jurors shall have liberty in matters of fact if they cannot find the main issue, yet to find and present in their verdict so much as they can, If the Bench and Jurors shall so suffer at any time about their verdict that either of them cannot proceed with peace of conscience the case shall be referred to the General Court, who shall take the question from both and determine it.

32. Every man shall have liberty to replevy his Cattell or goods impounded, distrained, seised, or extended, unless it be upon execution after Judgement, and in payment of fines.

Provided he puts in good security to prosecute his replevin, And to satisfy such demands as his Adversary shall recover against him in Law.

33. No man's person shall be arrested, or imprisoned upon execution or judgment for any debt or fine, If the law can find competent means of satisfaction otherwise from his estate, and if not his person may be arrested and imprisoned where he shall be kept at his own charge, not the plaintiff's till satisfaction be made, unless the Court that had cognizance of the cause or some superior Court shall otherwise provide.

34. If any man shall be proved and Judged a common Barrator vexing others with unjust frequent and endless suites, It shall be in the power of Courts both to deny him the benefit of the law, and to punish him for his Barratry.

35. No man's corne nor hay that is in the field or upon the Cart, nor his garden stuff, nor any thing subject to present decay, shall be taken in any distress, unless he that takes it doth presently bestow it where it may not be imbeciled nor suffer spoil or decay, or give security to satisfy the worth thereof if it come to any harm.

36. It shall be in the liberty of every man cast condemned or sentenced in any cause in any Inferior Court, to make their appeal to the Court of Assistants, provided they tender their appeal and put in security to prosecute it, before the Court be ended wherein they were condemned, And within six days next ensuing put in good security before some Assistant to satisfy what his Adversarie shall recover against him; And if the cause be of a Criminal nature for his good behavior, and appearance, And every man shall have liberty to complain to the General Court of any Injustice done him in any Court of Assistants or other.

37. In all cases where it appears to the Court that the plaintiff hath willingly and writingly done wrong to the defendant in commencing and prosecuting an action or complaint against him, They shall have power to impose upon him a proportionable fine to the use of the defendant or accused person, for his false complaint or clamor.

38. Every man shall have liberty to Record in the public Roles of any Court any Testimony given upon oath in the same Court, or before two Assistants, or any deed or evidence legally confirmed there to remain in perpetuam rei memoriam, that is for perpetual memorial or evidence upon occasion.

39. In all actions both real and personal between party and party, the Court shall have power to respite execution for a convenient time, when in their prudence they see just cause so to do.

40. No conveyance, Deed, or promise whatsoever shall be of validity, If it be gotten by Illegal violence, imprisonment, threatening, or any kind of forcible compulsion called Duress.

41. Every man that is to Answer for any criminal cause, whether he be in prison or under bayle, his cause shall be heard and determined at the next Court that hath proper Cognizance thereof, And may be done without prejudice of Justice.

42. No man shall be twice sentenced by Civil Justice for one and the same Crime, offence, or Trespass.

43. No man shall be beaten with above 40 stripes, nor shall any true gentleman, nor any man equal to a gentleman be punished with whipping, unless his crime be very shameful, and his course of life vetoes and profligate.

44. No man condemned to die shall be put to death within power days next after his condemnation, unless the Court see special cause to the contrary, or in case of martial law, nor shall the body of any man so put to death be unburied 12 howers unless it be in case of Anatomy.

45. No man shall be forced by Torture to confess any Crime against himself nor any other unless it be in some Capital case, where he is first fully convicted by clear and sufficient evidence to be guilty, After which if the cause be of that nature, That it is very apparent there be other conspiratours, or confederates with him, Then he may be tortured, yet not with such Tortures as be Barbarous and inhumane.

46. For bodily punishments we allow amongst us none that are inhumane Barbarous or cruel.

47. No man shall be put to death without the testimony of two or three witnesses or that which is equivalent thereunto.

48. Every Inhabitant of the Country shall have free liberty to search and view any Roles, Records, or Registers of any Court or office except the Council, And to have a transcript or exemplification thereof written examined, and signed by the hand of the officer of the office paying the appointed fees therefore.

49. No free man shall be compelled to serve upon Juries above two Courts in a year, except grand Jury men, who shall hold two Courts together at the least.

50. All Jurors shall be chosen continually by the freemen of the Town where they dwell.

51. All Associates selected at any time to Assist the Assistants in Inferior Courts, shall be nominated by the Towns belonging to that Court, by orderly agreement among themselves.

52. Children, Idiots, Distracted persons, and all that are strangers, or new comers to our plantation, shall have such allowances and dispensations in any cause whether Criminal or other as religion and reason require.

53. The age of discretion for passing away of lands or such kind of hereditaments, or for giving, of votes, verdicts or Sentence in any Civil Courts or causes, shall be one and twenty years.

54. Whensoever any thing is to be put to vote, any sentence to be pronounced, or any other matter to be proposed, or read in any Court of Assembly, If the president or moderator thereof shall refuse to perform it, the Major part of the members of that Court or Assembly shall have power to appoint any other meet man of them to do it, And if there be just cause to punish him that should and would not.

55. In all suites or Actions in any Court, the plaintiff shall have liberty to make all the titles and claims to that he sues for he can. And the Defendant shall have liberty to plead all the pleas he can in answer to them, and the Court shall judge according to the entire evidence of all.

56. If any man shall behave himself offensively at any Town meeting, the rest of the freemen then present, shall have power to sentence him for his offence. So be it the mulct or penalty exceed not twenty shillings.

57. Whensoever any person shall come to any very sudden untimely and unnatural death, Some assistant, or the Constables of that Town shall forthwith summon a Jury of twelve free men to inquire of the cause and manner of their death, and shall present a true verdict thereof to some near Assistant, or the next Court to be held for that Town upon their oath.

Liberties more peculiarie concerning the free men

58. Civil Authority hath power and liberty to see the peace, ordinances and Rules of Christ observed in every church according to his word, so it be done in a Civil and not in an Ecclesiastical way.

59. Civil Authority hath power and liberty to deal with any Church member in a way of Civil Justice, notwithstanding any Church relation, office or interest.

60. No church censure shall degrade or depose any man from any Civil dignity, office, or Authority he shall have in the Commonwealth.

61. No Magistrate, Juror, Officer, or other man shall be bound to inform present or reveal any private crime or offence, wherein there is no peril or danger to this plantation or any member thereof, when any necessary tie of conscience binds him to secrecy grounded upon the word of god, unless it be in case of testimony lawfully required.

62. Any Shire or Town shall have liberty to choose their Deputies whom and where they please for the General Court. So be it they be free men, and have taken there oath of fealty, and Inhabiting in this Jurisdiction.

63. No Governor, Deputy Governor, Assistant, Associate, or grand Jury man at any Court, nor any Deputy for the General Court, shall at any time bear his own charges at any Court, but their necessary expenses shall be defrayed either by the Town or Shire on whose service they are, or by the Country in general.

64. Every Action between party and party, and proceedings against delinquents in Criminal causes shall be briefly and distinctly entered on the Roles of every Court by the Recorder thereof. That such actions be not afterwards brought again to the vexation of any man.

65. No costume or prescription shall ever prevail amongst us in any moral cause, our meaning is maintain anything that can be proved to be morally sinful by the word of god.

66. The Freemen of every Township shall have power to make such by laws and constitutions as may concern the welfare of their Town, provided they be not a Criminal, but only of a prudential nature, And that their penalties exceed not 20 sh. for one offence. And that they be not repugnant to the public laws and orders of the Country. And if any Inhabitant shall neglect or refuse to observe them, they shall have power to levy the appointed penalties by distress.

67. It is constant liberty of the free men of this plantation to choose yearly at the Court of Election out of the freemen all the General officers of this Jurisdiction. If they please to discharge them at the day of Election by way of vote. They may do it without showing cause. But if at any other general Court, we hold it due justice, that the reasons thereof be alleged and proved. By General officers we mean, our Governor, Deputy Governor, Assistants, Treasurer, General of our wares. And our Admiral at Sea, and such as are or hereafter may be of the like general nature.

68. It is the liberty of the freemen to choose such deputies for the General Court out of themselves, either in their own Town or elsewhere as they judge fittest. And because we cannot foresee what variety and weight of occasions may fall into future consideration, And what counsels we may stand in need of, we decree. That the Deputies (to attend the General Court in the behalf of the Country) shall not any time be stated or enacted, but from Court to Court, or at the most but for one year, that the Country may have an Annual liberty to do in that case what is most behooffull for the best welfare thereof.

69. No General Court shall be dissolved or adjourned without the consent of the Major part thereof.

70. All Freemen called to give any advise, vote, verdict, or sentence in any Court, Counsel, or Civil Assembly, shall have full freedom to do it according to their true judgements and Consciences, So it be done orderly and inoffensively for the manner.

71. The Governor shall have a casting voice whensoever an Equi vote shall fall out in the Court of Assistants, or general assembly, So shall the president or moderator have in all Civil Courts or Assemblies.

72. The Governor and Deputy Governor Jointly consenting or any three Assistants concurring in consent shall have power out of Court to reprieve a condemned malefactor, till the next quarter or general Court. The general Court only shall have power to pardon a condemned malefactor.

73. The General Court hath liberty and Authority to send out any member of this Commonwealth of what quality, condition or office whatsoever into foreign parts about any public message or Negotiation. Provided the party sent be acquainted with the affair he goeth about, and be willing to undertake the service.

74. The freemen of every Town or Township, shall have full power to choose yearly or for less time out of themselves a convenient number of fit men to order the planting or prudential occasions of that Town, according to Instructions given them in writing, Provided nothing be done by them contrary to the public laws and orders of the Country, provided also the number of such select persons be not above nine.

75. It is and shall be the liberty of any member or members of any Court Council or Civil Assembly in cases of making or executing any order or law, that properly concern religion, or any cause capital, or wares, or Subscription to any public Articles or Remonstrance, in case they cannot in Judgement and conscience consent to that way the Major vote or suffrage goes, to make their contra Remonstrance or protestation in speech or writing, and upon request to have their dissent recorded in the Roles of that Court. So it be done Christianly and respectively for the manner. And their dissent only be entered without the reasons thereof, for the avoiding of tediousness.

76. Whensoever any Jury of trials or Jurors are not clear in their Judgments or consciences concerning any cause wherein they are to give their verdict, They shall have liberty in open Court to advise with any man they think fit to resolve or direct them, before they give in their verdict.

77. In all cases wherein any freeman is to give his vote, be it in point of Election, making constitutions and orders or passing sentence in any case of Judicature or the like, if he cannot see reason to give it positively one way or an other, he shall have liberty to be silent, and not pressed to a determined vote.

78. The General or public Treasure or any part thereof shall never be expended but by the appointment of a General Court, nor any Shire Treasure, but by appointment of the freemen thereof, nor any Town Treasury but by the freemen of that Township.

Liberties of Women

79. If any man at his death shall not leave his wife a competent portion of his estate, upon just complaint made to the General Court she shall be relieved.

80. Every married woman shall be free from bodily correction or stripes by her husband, unless it be in his own defence upon her assault. If there be any just cause of correction complaint shall be made to Authority assembled in some Court, from which only she shall receive it.

Liberties of Children

81. When parents die intestate, the Elder son shall have a double portion of his whole estate real and personal, unless the General Court upon just cause alleged shall judge otherwise.

82. When parents die intestate having no heiress males of their bodies their Daughters shall inherit as Co-partners, unless the Generally Court upon just reason shall judge otherwise.

83. If any parents shall wilfully and unreasonably deny any child timely or convenient marriage, or shall exercise any unnatural severity towards them, such children shall have free liberty to complain to Authority for redress.

84. No Orphan during their minority which was not committed to tuition or service by the parents in their life time, shall afterwards be absolutely disposed of by any kindred, friend, Executor, Township, or Church, not by themselves without the consent of some Court, wherein two Assistants at least shall be present.

Liberties of Servants

85. If any servants shall flee from the Tyranny and cruelty of their masters to the house of any freeman of the same Town, they shall be there protected and sustained till due order be taken for their relief. Provided due notice thereof be speedily given to their masters from whom they fled. And the next Assistant or Constable where the party flying is harbored.

86. No servant shall be put of for above a year to any other neither in the life time of their master nor after their death by their Executors or Administrators unless it be by consent of Authority assembled in some Court or two Assistants.

87. If any man smite out the eye or tooth of his manservant, or maid servants otherwise, mime or much disfigure him, unless it be by mere casualty, he shall let them go free from his service. And shall have such further recompense as the Court shall allow him.

88. Servants that have served diligently and faithfully to the benefit of their masters seven years, shall not be sent away empty. And if any have been unfaithful, negligent or unprofitable in their service, notwithstanding the good usage of their masters, they shall not be dismissed till they have made satisfaction according to the Judgement of Authority.

Liberties of Forreiners and Strangers

89. If any people of other Nations professing the true Christian Religion shall flee to us from the Tyranny or oppression of their persecutors, or from famine, wares, or the like necessary and compulsory cause, They shall be entertained and succored amongst us, according to that power and prudence, god shall give us.

90. If any ships or other vessels, be if friend or enemy, shall suffer shipwreck upon our Coast, there shall be no violence or wrong offered to their persons or goods. But their persons shall be harbored, and relieved, and their goods preserved in safety till Authority may be certified thereof, and shall take further order therein.

91. There shall never be any bond slavery, villenage or Captivity amongst us unless it be lawful Captives taken in just wares, and such strangers as willingly sell themselves or are sold to us. And these shall have all the liberties and Christian usages which the law of god established in Israel concerning such persons doeth morally require. This exempts none from servitude who shall be Judged thereto by Authority.

Off the Bruite Creature

92. No man shall exercise any Tyranny or Cruelty towards any bruit Creature which are usually kept for man's use.

93. If any man shall have occasion to lead or drive Chattel from place to place that is far of, so that they be weary, or hungry, or fall sick, or lamb, It shall be lawful to rest or refresh them, for competent time, in any open place that is not Corne, meadow, or enclosed for some peculiar use.

94. Capital Laws

If any man after legal conviction shall have or worship any other god, but the lord god, he shall be put to death.

If any man or woman be a witch, (that is hath con consulteth with a familiar spirit,) they shall be put to death.

If any person shall Blaspheme the name of god, the father, Son or Holy Ghost, with direct, express, presumptuous or high handed blasphemy, or shall curse god in the like manner, he shall be put to death.

If any person commit any willful murder, which is manslaughter, committed upon premeditated malice, hatred, or Cruelty, not in a mans necessary and just defence, nor by mere casualty against his will, he shall be put to death.

If any person slayeth an other suddenly in his anger or Cruelty of passion, he shall be put to death.

If any person shall slay an other through guile, either by poisoning or other such devilish practice, he shall be put to death.

If any man or woman shall lie with any beast or bruit creature by Carnal Copulation, They shall surely be put to death. And the beast shall be slain, and buried and not eaten.

If any man lyeth with mankind as he lyeth with a woman, both of them have committed abomination, they both shall surely be put to death.

If any person committed Adultery with a married or espoused wife, the Adulterer and Adulteress shall surely be put to death.

If any man stealth a man or mankind, he shall surely be put to death

If any man rise up by false witness, wittingly and of purpose to take away any man's life, he shall be put to death.

If any man shall conspire and attempt any invasion, insurrection, or public rebellion against our commonwealth, or shall endeavor to surprise any Town or Towns, fort or forts therein, or shall treacherously and perfidiously attempt the alteration and subversion of our frame of polity or Government fundamentally, he shall be put to death.

95. A Declaration of the Liberties the Lord Jesus hath given to the Churches

All the people of god within this Jurisdiction who are not in a church way, and be orthodox in Judgement, and not scandalous in life, shall have full liberty to gather themselves into a Church Estate. Provided they do it in a Christian way, with due observation of the rules of Christ revealed in his word.

Every Church hath full liberty to exercise all the ordinances of god, according to the rules of scripture.

Every Church hath free liberty of Election and ordination of all their officers from time to time, provided they be able, pious and orthodox.

Every Church hath free liberty of Admission, Recommendation, Dismission, and Expulsion, or deposal of their officers, and members, upon due cause, with free exercise of the Discipline and Censures of Christ according to the rules of his world.

No Injunctions are to be put upon any Church, Church officers or member in point of Doctrine, worship or Discipline, whether for substance or circumstance besides the Institutions of the lord.

Every Church of Christ hath freedom to celebrate days of fasting and prayer, and of thanksgiving according to the word of god.

The Elders of Churches have free liberty to meet monthly, Quarterly, or otherwise, in convenient numbers and places, for conferences, and consultations about Christian and Church questions and occasions.

All Churches have liberty to deal with any of their members in a church way that are in the hand of Justice. So it be not to retard or hinder the course thereof.

Every Church hath liberty to deal with any magistrate, Deputy of Court or other officer what so ever that is a member in a church way in case of apparent and just offence given in their places, so it be done with due observance and respect.

We allow private meetings for edification in religion amongst Christians of all sorts of people. So it be without just offence for number, time, place, and other circumstances.

For the preventing and removing of error and offence that may grow and spread in any of the Churches in this Jurisdiction, And for the preserving of truth and peace in the several churches within themselves, and for the maintenance and exercise of brotherly communion, amongst all the churches in the Country, It is allowed and ratified, by the Authority of this General Court as a lawful liberty of the Churches of Christ. That once in every month of the year (when the season will bear it) It shall be lawful for the ministers and Elders, of the Churches near adjoining together, with any other of the brethren with the consent of the churches to assemble by course in each several Church one after an other. To the intent after the preaching of the word by such a minister as shall be requested thereto by the Elders of the church where the Assembly is held, The rest of the day may be spent in public Christian Conference about the discussing and resolving of any such doubts and cases of conscience concerning matter of doctrine or worship or government of the church as shall be propounded by any of the Brethren of that church, will leave also to any other Brother to propound his objections or answers for further satisfaction according to the word of god. Provided that the whole action be guided and moderated by the Elders of the Church where the Assembly is held, or by such others as they shall appoint. And that no thing be concluded and imposed by way of Authority from one or more churches upon another, but only by way of Brotherly conference and consultations. That the truth may be searched out to the satisfying of every man's conscience in the sight of god according his word. And because such an Assembly and the work thereof can not be duly attended to if other lectures be held in the same week. It is therefore agreed with the consent of the Churches. That in that week when such an Assembly is held, All the lectures in all the neighbouring Churches for that week shall be forborne. That so the public service of Christ in this more solemn Assembly may be transacted with greater diligence and attention.

96. Howsoever these above specified rites, freedoms Immunities, Authorities and privileges, both Civil and Ecclesiastical are expressed only under the name and title of Liberties, and not in the exact form of Laws or Statutes, yet we do with one consent fully Authorize, and earnestly intreat all that are and shall be in Authority to consider them as laws, and not to fail to inflict condign and proportionable punishments upon every man impartially, that shall infringe or violate any of them.

97. We likewise give full power and liberty to any person that shall at any time be denied or deprived of any of them, to commence and prosecute their suite, Complaint or action against any man that shall so do in any Court that hath proper Cognizance or judicature thereof.

98. Lastly because our duty and desire is to do nothing suddenly which fundamentally concern us, we decree that these rites and liberties, shall be Audibly read and deliberately weighed at every General Court that shall be held, within three years next ensuing, And such of them as shall not be altered or repealed they shall stand so ratified, That no man shall infringe them without due punishment.

And if any General Court within these next three years shall fail or forget to read and consider them as abovesaid. The Governor and Deputy Governor for the time being, and every Assistant present at such Courts, shall forfeit 20sh. a man, and every Deputy 10sh. a man for each neglect, which shall be paid out of their proper estate, and not by the Country or the Towns which choose them, and whensoever there shall arise any question in any Court among the Assistants and Associates thereof about the explanation of these Rites and liberties, The General Court only shall have power to interpret them.

ANEXO V.-

La *Charter of Maryland* de 1632 (fragmentos)

Fuente: GRAU GÓMEZ, Luis. *El Constitucionalismo Americano*, Ed Dykinson-Universidad Carlos III. Madrid, 2011. Pág 24

Charles, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, Escocia, Francia e Irlanda, defensor de la fe, etc. A todos a quienes lleguen estas presentes [letras patentes], saludos.

Considerando que nuestro bien querido y justamente leal súbdito Caecilius Calvert, Barón de Baltimore, de nuestro reino de Irlanda, hijo y heredero de George Calvert, caballero, difunto Barón de Baltimore, de nuestro reino de Irlanda, siguiendo los pasos de su padre, animado con un loable y pío celo de extender la religión cristiana y también los territorios de nuestro imperio y dominio, humildemente nos ha suplicado permiso para que pueda trasladar, a su propio esfuerzo y gasto, una numerosa colonia de la nación inglesa, a cierto país, descrito a continuación, en las regiones de América hasta ahora sin cultivar y ni colonizar, aunque en algunas regiones habitado por cierta gente salvaje que no tienen conocimiento de Dios todopoderoso; y humildemente ha suplicado a nuestra real alteza le dé, conceda y confirme, a él y a sus herederos para siempre, todo el dicho país, con ciertos privilegios y jurisdicciones necesarios para el buen gobierno y el estado de su antedicha colonia y país.

Sabed por tanto que, favoreciendo el pío y noble propósito de los antedichos barones de Baltimore, por nuestra especial gracia, conocimiento cierto y mera voluntad, hemos dado, concedido y confirmado, y por esta nuestra presente carta, en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores, damos, concedemos y confirmamos al dicho Cecilius, actual Barón de Baltimore, y a sus herederos y designados, toda aquella región de la península ubicada en las regiones de América entre el océano por el este y la bahía de Chesapeake por el oeste, y separada de la otra región por una línea recta trazada desde el promontorio o cabo de tierra llamado Watkins Point (situado en la antedicha bahía, cerca del río Wighco), en el oeste, hasta el principal océano en el este, y entre ese límite en el sur, hasta esa región de la bahía de Delaware en el norte, que queda por debajo de los 40 grados de latitud norte desde la equinoccial, donde termina New England; y toda esa extensión de tierra entre los límites antedichos, es decir, pasando por dicha bahía, llamada bahía de Delaware, en línea recta por el grado antedicho paralelo hasta el meridiano geográfico del primer manantial del río de Pattowmeck, y desde allí, tendiendo hacia el sur, hasta la rivera más remota de dicho río y, siguiendo su orilla por el oeste y el sur, hasta cierto lugar llamado Cinquack situado cerca de la desembocadura de dicho río donde descende a la bahía de Chesapeake; y desde allí en línea recta hasta dicho promontorio y lugar llamado Watkins Point (de forma que toda la extensión de tierra separada por la línea antedicha, trazada entre el principal océano y Watkins Point, hasta el promontorio llamado cabo Charles, y todos sus apéndices, permanezca para siempre totalmente excluida de [pertenecernos] a nosotros, a nuestros herederos y sucesores.

También concedemos y confirmamos al dicho actual Lord Baltimore, y a sus herederos y designados, [...] todos y cada uno, y tan amplios derechos, jurisdicciones, privilegios, prerrogativas, regalías, libertades, inmunidades, reales derechos y franquicias de cualquier clase secular, tanto en el mar como en tierra, en el país, islas, islotes y límites antedichos, para que los tenga, ejercite, utilice y disfrute tan ampliamente como con anterioridad los haya ocupado, usado o disfrutado, o por derecho los hubiera o pudiera haber tenido, ocupado,

usado o disfrutado, cualquier obispo de Durham, del obispado o condado palatino de Durham, de nuestro reino de Inglaterra.

Y por estas presentes [letras patentes], en nuestro nombre y en el de nuestros herederos y sucesores, hacemos, creamos y constituimos al dicho actual Lord Baltimore, y a sus herederos y designados, los auténticos y absolutos Lores y Propietarios del país antedicho y de todos los otros lugares (excepto los que antes se han exceptuado), reservándonos siempre la fidelidad y lealtad y el dominio soberano que se nos debe a nosotros, y a nuestros herederos y sucesores.

[...]

Para que los ocupen en nuestro nombre, y en el de nuestros herederos y sucesores los reyes de Inglaterra, como lo es nuestro castillo de Windsor, en nuestro condado de Berkshire, en libre y común *socage*, como único vasallaje por todo servicio, y no *in capite* ni en servicio de caballero; cediéndonos y pagándonos a cambio a nosotros, a nuestros herederos y sucesores, dos flechas indias de aquellas regiones, que se enviarán a dicho castillo de Windsor cada año el martes de la semana de Pascua, y también la quinta parte de todo el mineral de oro y plata cuando se encuentre en los antedichos límites.

[...]

Y puesto que aquí hemos hecho y ordenado al antedicho actual Lord Baltimore el auténtico Lord y Propietario de toda la Provincia antedicha, sabed además que, depositando especial fiducia y confianza en la fidelidad, prudencia, justicia y previsora circunspección del dicho actual Lord Baltimore, en nuestro nombre y en el de nuestros herederos y sucesores, para el buen y feliz gobierno de dicha Provincia, le concedemos a él y a sus sucesores la libre, total y absoluta potestad, según el sentido de estas presentes, para ordenar, hacer y decretar, y para publicar con sus sellos, según su razonable discreción, leyes de cualquier clase, tanto relacionadas con el estado público de dicha provincia como con el interés privado de los individuos, [todo ello] con el consejo, consentimiento y aprobación de los *freemen* de esa Provincia o de su mayoría, o de sus delegados o diputados, a quienes queremos les convoque el dicho actual Lord Baltimore, y sus herederos, y en la forma y manera que mejor les parezca, cuando y tan a menudo como la necesidad lo requiera para la elaboración de las leyes. Y que las mismas leyes se cumplan debidamente por todas las personas en ese momento en la antedicha provincia y dentro de sus límites o bajo su gobierno y potestad, navegando hacia Maryland o regresando de allá hacia Inglaterra o hacia cualquier otro dominio nuestro o extranjero, imponiendo el actual Lord Baltimore penas, encarcelamiento o cualquier otro castigo, incluso si es necesario, y la importancia del delito lo requiriera, la amputación de un miembro o [la pérdida] de la vida, ya por sí mismo y sus herederos, o por sus ayudantes, lugartenientes, jueces, justicias, magistrados, oficiales y ministros, que sean dispuestos y designados según el tenor y verdadera intención de estas presentes [letras patentes]; [...]

ANEXO VI.

El Plantation Agreement of Providence de 1640

Fuente: Avalon Project

http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ri01.asp

Wee, Robert Coles, Chad Browne, William Harris, and John Warner, being freely chosen by the consent of our loving friends and neighbors the Inhabitants of this Towne of Providence, having many differences amongst us, they being freely willing and also bound themselves to stand to our Arbitration in all differences amongst us to rest contented in our determination, being so betruſted we have seriously and carefully indeavoured to weigh and consider all thoſe differences, being deſirous to bringe to unity and peace, although our abilities are farr ſhort in the due examination of ſuch weighty things, yet ſo farre as we conceive in laying all things together we have gone the faireſt and the equalleſt way to produce our peace.

1. Agreed, We have with one conſent agreed that in the parting thoſe particular properties which ſome of our friends and neighbors have in Patuxit, from the general Common of our towne of Providence, to run uppon a ſtraight line from a freſh ſpring being in the Gulley, at the head of that cove running by that point of land called Saxafras unto the towne of Maſhipawogt to an oake tree ſtanding neere unto the corn field, being at this time the neareſt corn field unto Patuxit, the cake tree having four marks with an axe, till ſome other land marke be ſet for a certaine bound. Also, we agree that if any meadow ground lyeing and joineing to that Meadow, that borders uppon the River of Patuxit come within the afoſaid line, which will not come within a ſtraight line from long Cove to the marked tree, then for that meadow to belong to Pawtuxit, and ſo beyond the towne of Maſhipawog from the oake tree between the two freſh Rivers Pawtuxit and Waanaſquatucket of an even Diſtance.

2. Agreed. We have with one conſent agreed that for the diſpoſeing, of thoſe lands that ſhall be diſpoſed belonging to this towne of Providence to be in the whole Inhabitants by the choiſe of five men for generall diſpoſeall, to betruſted with diſpoſeall of lands and alſo of the towne Stocke, and all Generall things and not to receive in any ſix dayes at townesmen, but firſt to give the Inhabitants notice to conſider if any have juſt cauſe to ſhew againſt the receiving of him as you can apprehend, and to receive none but ſuch as ſubſcribe to this our determination. Also, we agree that if any of our neighbours doe apprehend himſelfe wronged by theſe or any of theſe 5 diſpoſers, that at the Generall towne meeting he may have a tryall.

Also wee agree for the towne to chooſe beſide the other five men one or more to keepe Record of all things belonging to the towne and lying in Common,

Wee agree, as formerly hath bin the liberties of the town, ſo ſtill, to hould forth liberty of Conſcience.

III. Agreed, that after many Considerations and Consultations of our owne State and alſoe of States abroad in way of government, we apprehend, no way ſo ſuitable to our Condition as government by way of Arbitration. But if men agree themſelves by arbitration, no State we know of diſallows that, neither doe we: But if men reſuſe that which is but common humanity betweene man and man, then to compel ſuch unreaſonable perſons to a reaſonable way, we agree that the 5 diſpoſers ſhall have power to compel him to chooſe two men himſelfe, or if he reſuſe, for them to chooſe two men to arbitrate his cauſe, and if theſe foure men choſen by

every partie do end the cause, then to see their determination performed and the faultive to pay the Arbitrators for their time spent in it: But if these foure men doe not end it, then for the 5 disposers to choose three men to put an end to it, and for the certainty thereof, wee agree the major part of the 5 disposers to choose the 3 men, and the major part of the 3 men to end the cause having power from the 5 disposers by a note under their hand to performe it, and the faultive not agreeing in the first to pay the charge of the last, and for the Arbitrators to follow no employment til the cause be ended without consent of the whole that have to doe with the cause.

Instance. In the first Arbitration the offender may offer reasonable terms of peace, and the offended may exact upon him and refuse and trouble men beyond reasonable satisfaction; so for the last arbitrators to judge where the fault was, in not agreeing in the first, to pay the charge of the last.

IV. Agreed, that if any person damnify any man, either in goods of good name, and the person offended follow not the cause uppon the Vendor, that if any person give notice to the 5 Disposers, they shall call the party delinquent to answer by Arbitration.

Instance, Thus, if any person abuse an other person or goods, may be for peace sake, a man will at present put it up, and it may so be resolve to revenge: therefore, for the peace of the state, the disposers are to look to it in the first place.

V. Agreed, for all the whole Inhabitants to combine ourselves to assist any man in the pursuit of any party delinquent, with all best endeavours to attack him: but if any man raise a hubbub and there be no just cause, then for the party that raised the hubbub to satisfy men for their time lost in it.

VI.. Agreed, that if any man have a difference with any of the 5 Disposers which cannot be deferred till general meeting of the towne, then he may have the Clerk call the towne together at his [discretion] for a tryall.

Instance. It may be, a man may be to depart the land, or to a fare parse of the land; or his estate may lye uppon a speedy tryall or the like case may fall out.

VII. Agreed, that the towne, by the five men shall give every man a deed of all his lands lying within the bounds of the Plantations, to hold it by for after ages.

VIII. Agreed, that the 5 disposers shall from the date hereof, meete every month-day uppon General things and at the quarter-day to yeeld a new choice and give up their old Accounts.

IX. Agreed, that the Clerke shall call the 5 Disposers together at the month-day, and the general! towne together every quarter, to meete uppon general occasions from the date hereof.

X. Agreed, that the Clerke is to receive for every cause that comes to the towne for a tryall 4d. for making each deed 12d. and to give up the booke to the towne at the yeeres' end and yeeld to a new choice.

XI Agreed, that all acts of disposall on both sides to stand since the difference.

XII. Agreed, that every man that hath not paid in his purchase money for his Plantation shall make up his 10s. to be 30s. equal with the first purchasers: and for all that are received townsmen hereafter, to pay the like summe of money to the towne stocke.

These being those things wee have generally concluded on, for our peace, we desireing our loving friends to receive as our absolute determination, laying ourselves downe as subjects to it.

ANEXO VII.

La Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776

Fuente: Luis Grau Gómez y Manuel Martínez Neira. *Historia del Constitucionalismo Americano*. (<http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/guia-de-aprendizaje/otros-recursos-2/tema-2-las-constituciones-revolucionarias/declaracion-de-derechos-de-virginia-2013-1776>)

Una declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, reunidos en convención plenaria y libre; cuyos derechos les pertenecen a ellos y a su descendencia como base y cimiento del gobierno.

I. Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o despojar a su descendencia, a saber: el disfrute de la vida y la libertad con los medios de adquirir y poseer propiedad, y buscar y obtener la felicidad y [su] seguridad.

II. Que todos los poderes corresponden al pueblo, y consecuentemente se derivan de él; que los gobernantes son sus fideicomisarios y siervos y en todo momento responsables ante él.

III. Que el gobierno se constituye, o debiera constituirse, para el beneficio común, la protección y la seguridad del pueblo, nación o comunidad. El mejor de los diferentes modos y formas de gobierno es el que es capaz de aportar un mayor grado de felicidad y seguridad [al pueblo] y está mejor protegido contra la mala administración [de sus gobernantes]; y que, cuando un gobierno sea inadecuado o contrario a esos fines, la mayoría [de los miembros] de la comunidad tiene el indiscutible, inalienable e irrevocable derecho a reformarlo, alterarlo o abolirlo como se considere que sea mejor para el bienestar público.

IV. Que ningún hombre, o grupo de hombres, tienen derecho a recibir de la comunidad honorarios o privilegios exclusivos o diferentes, a no ser que sea en pago por sus servicios públicos; [y estos emolumentos] no serán transmisibles, como tampoco pueden ser hereditarios los cargos de gobernador, legislador o juez.

V. Que los poderes legislativos y ejecutivos del Estado deberían estar separados y ser diferentes del judicial. Y para evitar que los miembros de los dos primeros se vuelvan opresores, serán devueltos periódicamente a la condición privada de la que salieron para que así sufran y participen de las dificultades del pueblo; y las vacantes serán cubiertas mediante elecciones frecuentes, seguras y periódicas, en las que todos o alguna parte de los antiguos miembros [del gobierno] sean elegibles o inelegibles según determinen las leyes.

VI. Que las elecciones de los miembros que vayan a ser representantes del pueblo en asamblea deben ser libres; y que tienen derecho a votar todos los hombres que prueben suficientemente tener un interés permanente en la comunidad y adhesión a ella; y [dichos

hombres] no pueden ser gravados con impuestos, ni su propiedad expropiada para uso público, sin su consentimiento o el de los elegidos como sus representantes; ni podrán estar obligados por leyes que no hayan sido dictadas para el bien público.

VII. Que todo poder para suspender o ejecutar leyes, [ejercido] por cualquier autoridad que no tenga el consentimiento de los representantes del pueblo, es perjudicial a los derechos de éste, y no puede ser ejercido.

VIII. Que en todos los procedimientos de penas capitales o penales, la persona tiene el derecho a preguntar la causa y naturaleza de la acusación contra él, al careo con sus acusadores y testigos, a aportar pruebas exculpatorias en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial formado por sus convecinos, sin que pueda ser declarado culpable si el veredicto no es unánime; y no puede ser obligado a declarar contra sí mismo; y nadie puede ser privado de su libertad si no es en la forma prevista por la ley vigente o por sentencia [de un jurado] de sus iguales

IX. Que no se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán castigos crueles e inusuales.

X. Que los mandamientos de carácter general para hacer registros sin [que haya] prueba de haberse cometido un delito, o para detener a personas sin especificar sus nombres, o en los que no se detalle el delito cometido ni se aporten pruebas de ello, son insufribles y opresivos, y no deberán ser concedidos.

XI. Que en las demandas sobre la propiedad o entre personas, el ancestral juicio por jurado es preferible a los demás, y debiera conservarse como algo sagrado.

XII. Que la libertad de prensa es una de las mayores protecciones de la libertad, y sólo puede ser censurada por gobiernos despóticos.

XIII. Que una milicia bien regulada y compuesta por el pueblo es la mejor, más natural y segura defensa de un Estado libre. Que en tiempo de paz debieran evitarse los ejércitos regulares por ser peligrosos contra la libertad. Y que en todo caso los militares debieran estar estrictamente sometidos y ser gobernados por el poder civil.

XIV. Que el pueblo tiene derecho a un único gobierno; y por tanto no se establecerán dentro de los límites de Virginia otro gobierno separado o independiente.

XV. Que ningún gobierno libre, ni las bendiciones de la libertad del pueblo, se puede proteger si no es mediante la estricta observancia de la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud, así como recurriendo frecuentemente a los principios fundamentales.

XVI. Que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la forma de practicarla sólo pueden ser guiadas por la razón y la convicción, y no por la fuerza o por la violencia; por lo que todos los hombres tienen el mismo derecho al libre ejercicio de la

religión según los dictados de [su] conciencia; y que es la obligación de todos practicar, unos con otros, la paciencia, el amor y la caridad cristiana.

Anexo VIII

Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776

Fuente: Luis Grau Gómez y Manuel Martínez Neira. *Historia del Constitucionalismo Americano*. (<http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/guia-de-aprendizaje/otros-recursos-2/tema-2-las-constituciones-revolucionarias/declaracion-de-derechos-de-virginia-2013-1776>)

En Congreso, el 4 de julio de 1776

Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario que un pueblo disuelva los lazos políticos que le han conectado con otro y adoptar entre los [demás] poderes de la tierra la condición de separado e igual [a ellos] a que le dan derecho las leyes de la naturaleza y del Dios de la naturaleza, un decoroso respeto por las opiniones de la humanidad requiere que declare las causas que le inducen a la separación.

Mantenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar esos derechos y obtienen sus limitados poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando cualquier forma de gobierno se convierte en dañino a esos fines, el pueblo tiene el derecho de modificarlo o abolirlo e instituir un nuevo gobierno, colocando sus cimientos en dichos principios y organizando sus poderes de la forma que consideren mejor para lograr su seguridad y felicidad.

La prudencia impone, ciertamente, que gobiernos establecidos de antaño no debieran cambiarse por causas baladíes y pasajeras, y de igual forma toda la experiencia muestra que la humanidad está más dispuesta a sufrir en tanto los males sean sufribles, que a reivindicarse a sí misma aboliendo las formas a las que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dedicados invariablemente al mismo fin, muestra una intención de sumirlos en el despotismo absoluto, es su derecho, es su obligación, arrojar fuera tal gobierno y proveerse de nuevas defensas para su seguridad futura. Tal ha sido la paciente tolerancia de estas colonias; y tal es ahora la necesidad que les obliga a modificar su antigua forma de gobierno. La historia del actual rey de Gran Bretaña es una historia de repetidas afrentas y usurpaciones, todas ellas con el inequívoco fin de establecer una tiranía absoluta sobre dichos estados. Para probarlo, preséntense los hechos a un mundo sin prejuicios:

Ha negado su aprobación a las leyes más saludables y necesarias para el bien público.

Ha prohibido a sus gobernadores aprobar leyes de una importancia urgente y apremiante a menos que suspendieran su ejecución hasta que se obtuviese su aprobación; y una vez suspendidas, ha descuidado completamente el ocuparse de ellas.

Se ha negado a aprobar otras leyes para la conveniencia de grandes distritos de gente, a menos que esas gentes renunciaran al derecho de representación en el órgano legislativo; un derecho de incalculable valor para ellos y temible solamente para los tiranos. [...]

Por tanto, nosotros, los representantes de los Estados Unidos de América, reunidos en Congreso general, expresando al Juez supremo del mundo la rectitud de nuestras intenciones, en el nombre y por la autoridad del buen pueblo de estas colonias publicamos y declaramos solemnemente:

Que estas colonias unidas son, y en derecho han de ser, estados libres e independientes; que quedan liberadas de toda lealtad a la corona británica, y que toda conexión política entre ellas y el Estado de Gran Bretaña queda, y debe de quedar, totalmente disuelto; y que como estados libres e independientes tienen todo el poder para hacer la guerra, firmar la paz, concertar alianzas, establecer comercio y ejecutar todas las demás acciones y cosas que estados independientes hacen por derecho.

Y para el respaldo de esta declaración, confiando plenamente en la protección de la Divina Providencia, comprometemos mutuamente nuestras vidas, nuestras fortunas y nuestro sagrado honor.

[En el manuscrito siguen las firmas de los representantes de cada Estado, encabezadas por el presidente del Congreso Continental, John Hancock.]

ANEXO IX

Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América

Fuente: http://www.cato.org/pubs/constitution/amendments_sp.html

Enmienda I.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o a la prohibición del libre ejercicio de la misma; ni impondrá obstáculos a la libertad de expresión o de la prensa; ni coartará el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.

Enmienda II.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo a poseer y portar armas.

Enmienda III.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

En tiempo de paz ningún militar podrá alojarse en casa alguna sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, excepto en la forma que la ley prescriba.

Enmienda IV.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las Órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o Declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo.

Enmienda V.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia, cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal,

ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad sin el debido proceso judicial; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa.

Enmienda VI.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho a un juicio público y expedito por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido; distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley; así como a que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación; a que se le confronte con los testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda.

Enmienda VII.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho del que haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, que no sea con apego a las normas del derecho consuetudinario.

Enmienda VIII.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas.

Enmienda IX.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

El hecho de que en la Constitución se enumeren ciertos derechos no deberá interpretarse como una negación o menosprecio hacia otros derechos que son también prerrogativas del pueblo.

Enmienda X.

(Ratificada el 15 de diciembre de 1791)

Las atribuciones que la Constitución no ha delegado a los Estados Unidos ni prohibido a los Estados, quedarán reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

ANEXO X

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Fuente:

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios, los siguientes derechos del Hombre y del Ciudadano:

Artículo 1.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 3.- El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella.

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

Artículo 6.- La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a contribuir a su elaboración, personalmente o por medio de sus representantes. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o que sancione. Como todos los ciudadanos son

iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.

Artículo 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.

Artículo 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.

Artículo 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.

Artículo 10.- Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley.

Artículo 11.- La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; en consecuencia, todo ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, a trueque de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.

Artículo 12.- La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada.

Artículo 13.- Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, resulta indispensable una contribución común; ésta debe repartirse equitativamente entre los ciudadanos, proporcionalmente a su capacidad.

Artículo 14.- Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o a través de sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de aceptarla libremente, de vigilar su empleo y de determinar su prorrata, su base, su recaudación y su duración.

Artículo 15.- La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público.

Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Artículo 17.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L. "Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales" en *Revista de Derecho Político*. Nums 18-19. Madrid, 1983.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis. F. "Los perfiles de la Gobernación y la Gestión Pública al comienzo del siglo XXI", *POSTData*, nº 8. septiembre 2002. (<http://www.revistapostdata.com.ar>)
- ALBALADEJO, M. *Compendio de Derecho Civil*. Ed Bosch. Barcelona, 1997.
- ALCHOURRÓN C.E. y E. BULYGIN en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974
- ALAEZ, B. "Los titulares de los derechos fundamantales", en BASTIDA FREIEDO, Francisco J. (Coord) *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed Tecnos, Madrid, 1994.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ GÁMEZ, Isidro. "Sobre el concepto de deber jurídico de Hans Kelsen". En *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 16. 2000. UNED, Madrid,
- ANDERSON, P y BLACKBURN, R, *Towards Socialism*. Londres, New Left Rewiew, 1965. Ithaca, N.Y. Cornell Unversity Press, 1966.
- ÁLVAREZ CONDE, E. "El sistema constitucional español de derechos fundamantales" *Revista CORTS/ADP*.
- ANDREWS, Charles M, *The Colonial Period of American History*, New Haven, 1973.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. Javier. "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en *Revista de Derecho del Estado*, nº 24, julio 2010. Madrid.
- APARISI MIRALLES, Ángela. *La Revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*. Centro de Estudios Constitucionales. BOE. Madrid, 1995
- APARISI MIRALLES, A "La Declaración de Independencia americana de 1776 y los derechos del hombre" *Revista de Derechos Poiticos* n º 70. Oct-Dic 1990
- ARENDT, Annah. *Sobre la Revolución*. Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Biblioteca Básica Gredos, Madrid, 2000.
- ASÍS ROGIG, Rafael de. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Ed Dykinson. Madrid, 2000
- ASÍS ROIG, Rafael de. "El modelo americano de derechos fundamentales". En *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1990,
- ASIS ROIG, Rafael de; "Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución" en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*, tomo II, volumen III, dirigida por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís Roig; Ed Dyckinson, Madrid, 2001
- ATIENZA, M. "Una clasificación de los derechos humanos" *Anuario de derechos Humanos* nº 4, 1986-1987.
- BACIERO RUIZ, F.T.: "El concepto de derecho subjetivo y el concepto de la propiedad provada en Suárez y Locke", en *Anuario Filosófico* 45/2 (2012).
- BALLARÍN IRIBARRE, J. Recensión a la obra de JESÚS GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La*

- «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional]], Madrid, 1986. En Revista Española de Derecho Constitucional Año 8. Núm. 24. Septiembre-diciembre 1988
- BARRANCO AVILÉS, M^a Carmen, *La Toría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Ed Dykinson, Madrid, 2000.
 - BASTIDA FREIEDO, Francisco J. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed Tecnos, Madrid, 1994.
 - BAUMAN, Zygmunt. *Tiempos líquidos*. Ed Tusquets. Ensayo, Barcelona, 2007
 - BAYLIN, B. *Los orígenes ideológicos de la Revolución Americana*. Ed Piadós, Argentina, 1972
 - BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*, Ed Tecnos. Madrid, 1987
 - BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*; Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1992
 - BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Ed. Tecnos. Madrid, 1992
 - BRETT, Annabel S. *Liberty, Right and Nature*. University of Cambridge, 1997.
 - BROWN, Peter, *Agustín de Hipona*, Ed. Acento, Madrid, 2001.
 - BURKE, Edmund. *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Ed Alianza Editorial, Barcelona, 2010
 - CANALS, F., *Historia de la Filosofía Medieval*. Ed Herder, Barcelona, 1992.
 - CARTIER, M.A. "Les idées politiques de Théodore Bèze", en *Bulletin de la Société d'histoire et d'archéologie de Genève*. II.
 - CASTÁN TOBEÑAS, J. *Los derechos del hombre*. Ed Reus, Madrid, 1969.
 - CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho común español civil y foral*, Tomo I, Volumen, 2, Marcial Pons, Madrid, 1982.
 - CASTÁN TOBEÑAS, J, *Los derechos del hombre*, 3^a edición, Reus, Madrid, 1985.
 - CARPINTERO, Francisco y otros; *El derecho subjetivo en su historia*. Ed. Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003
 - CHÂTELET, F, DUHAMEL. O y PSIER'LOUCHNER, E. *Historia del Pensamiento Político*. Ed Tecnos, Madrid, 1992
 - CLAVERO, Bartolomé. *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*. Giuffré-Milano. 1991.
 - COMMAGER, H.S. *Documents of American History*, New York, Appleton-Century-Crofts, 1968.
 - COMMAGER, H.S. y otros. *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica*. FCE, México, 1987
 - COMMAGER, H.S. "Jefferson y la Ilustración" en WEYMOUTH, L. (editor). Thomas Jefferson, *El Hombre...Su Mundo....Su influencia*". Madrid, Editorial Tecnos, 1986
 - CORREA, Sara "Sobre el significado de Ius-Derecho"
<http://www.letrasjuridicas.com/Volumenes/4/moncayo4.pdf>
 - CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. *De los Niveladores A Marbury vs Madison: la génesis de la democracia constitucional*.
 - DE CARRERAS, F. "La Declaració dels drets de l'home i de ciutadà del 1789". *200 anys de drets humans*. Ed. Parlament de Catalunya. Barcelona. 1989
 - DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, Ed Civitas, Madrid, 2008

- DEL VECCHIO, Giorgio; Recansens Siches, Luis (1946) *Filosofía del Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho*. México. Edit. UTEHA
- DIAZ-OTERO, Eduardo y OLIVAS, Enrique, *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*. Dykinson, Madrid, 1997.
- DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Ed Civitas, Madrid, 2007
- DUNN, J. *The political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988.
- DWORKIN, R., "Rights as Trumps", en J. Waldron (ed), *Theories of Rights*, Oxford University Press.
- ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen.
- ESCOBAR ROCA, G. "Elementos de la teoría de derechos fundamentales en la Unión Europea", en *Revista Catalana de de Dret Public*. Núm. 37. Barcelona. 2008.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva", en *Revista THEMIS Revista de Derecho*, 1998, nº 38.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Algunas cuestiones fundamantales sobre el deber jurídico", en *Revista de Derecho PUCP*. Número 52, 1999. Perú. Págs. 285-308.
- FEINBERG. J, *Rights, Justicie and the Bonds of Liberty*. Princenton University Press, New Jersey.
- FELIPE HERNANDEZ, Javier. El "iusnaturalismo" de Thomas Hobbes; *Revista Criterio Jurídico*, V 10, N 1, 210.
- FELT, JB. *History of Ipswich, Essex and Hamilton*. Cambridge, 1834
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía, Tomo III*. Ed Círculo de Lectores, Barcelona, 1991.
- FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. "El derecho natural racionalista como filosofía de los derechos naturales del hombre", en la obra colectiva *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I. Dirigida por Gregorio PECES-BARBA y Eusebio FERNÁNDEZ. Ed Dykinson, Madrid, 2003
- FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio. "Los derechos naturales en la filosofía política de Locke", en la obra *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo I; Dirección Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael de Asís Roig, Ed Dykinson, Madrid, 2001.
- FERNÁNDEZ PEYCHAUX, Diego A. "El concepto de derecho en Locke". En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011
- FERNÁNDEZ SESGADO, F. "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional", en *Revista Española de Derechos Constitucional*. Año 13. Nº 39,
- FERRANDO BADÍA, Juan. *Regímenes Políticos Actuales*. Ed Tecnos, Madrid, 1995
- FOLGADO, Avelino P., *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos juristas españoles del siglo XVI*. Escorialensium Utriusque. San Lorenzo del Escorial. Universidad María Cristina, 1960.
- FIORAVANTI, M. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Traducción de M. Martínez Neira. Ed Trotta, Madrid, 1996.
- FORMENT, E. *Lecciones de Metafísica*. Rialp. Madrid, 1992.

- GALLEGO GARCÍA, Elio A., *Tradición Jurídica y Derecho Subjetivo*. Dykinson, Madrid, 1996.
- GALLEGO GARCÍA, E.A. *Fundamentos para una Teoría del Derecho*. Ed Dykinson. Madrid, 2006
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E, *La Lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europea tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1994.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Los derechos sociales como derechos subnetivos, en *Derechos y Libertades*, número 23, época II, junio 2010.
- GARCÍA PELAYO, M. *Derecho Constitucional Comparado*. Alianza Universidad. Madrid, 1987
- GARCÍA PELAYO, M. *Las trasformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Universidad. Madrid, 1987.
- GARCÍA PROTELA, Laura. *La Revolución Americana: una revuelta desde y contra Inglaterra. Un ensayo sobre sus orígenes ideológicos*. Revista Autónoma Historia, nº 5 (2014) Universidad de Valencia.
- GARCÍA TORRES, Jesús y JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1986.
- GARCÍA TRUJILLO, M^a Belén. *El modelo americano de protección de derechos fundamentales. Primeras formulaciones*. DIALNET
- GRAU GÓMEZ, Luis. *El Constitucionalismo Americano*, Ed Dykinson-Universidad Carlos III. Madrid, 2011
- GRAU GÓMEZ. Luis, *Orígenes del Constitucionalismo Americano*, Un Carlos III, 2009
- GROSSI, Paolo. *La Seconda Scolástica nella formazione del Diritto privato moderno*. Giuffré, Milano. 1973.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis, *El Poder y la palabra, Idea de Estado y vida política en la cultura europea*. Ed Tecnos, Madrid, 1995.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., *Meditaciones sobre la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.
- GUASP DELGADO J. *Derecho*. Madrid, 1971.
- GUATINO, Riccardo. Derechos” en *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999, pág 180.
- GUZMAN BRITO, Alejandro. “Historia de la dominación del derecho-facultad como subjetivo”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*; número XXV (2003)
- GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Los orígenes del concepto de “Relación Jurídica” (“Rechtliches Verhältnis” – “Rechtsverhältnis”)” Universidad Pontificia de Santiago de Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 2006, XXVIII,
- HABERMAS. J. *Teoría y praxis. Estudio de filosofía social*, Ed Tecnos. Madrid, 1987
- HANS-RUDOLF H. “Jueces versus diputados. La revisión judicial en América y en la Union Europea.” *Revista de Derecho del Estado*, nº 13, 2002.
- HERSCH, J. “Los fudaamentos filosóficos de los derechos humanos en el contexto europeo”, en A, DIEMER y otros: *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*. UNESCO, Serval, Barcelona, 1985
- HERVADA, Javier., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1951.
- HERVADA, Javier. *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*. EUNSA, Navarra, 2009.

- HIERRO, L. "¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto. *Sistema*, nº 46. 1982
- HOBBS, Thomas. *Leviatan*. Biblioteca digital del Instituto Nacional de Estudios Políticos (INEP), México. Marxists Internet Archive, agosto 2013.
- HOBBS, Thomas. *Leviatan*, Madrid Alianza, 1989
- HOHFELD, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*. G. Carrió (trad). Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.
- IHERING, R.V., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung*, Leipzig.
- JEFFERSON, Thomas. "A Bill for Establishing Religious Freedom" (1779), en PADOVER, S (edit), *The World of the Founding Fathers, Their Basic Ideas on Freedom and Self-Government*, New York, Thomas Yoseloff, 1960.
- JEFFERSON, Th "A Summary View of the Rights of British America", en KOCH, A; PEDEN, W., *Autobiografía y otros escritos*, trad, A. Escobedo, M.S. de Heredia. Madrid, Tecnos, 1987
- JEFFERSON, Thomas. *Escritos Políticos*. Ed Tecnos. Taugus Book. 2017
- Kelsen, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM, México, 1979.
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. Ed Universitaria de Buenos Aires, 1986
- Kelsen, H. *Teoría General de las Normas*. Ed Trillas, México, 1994. Págs 142 y 144.
- LAPORTA, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, 4, 73-46. 1987.
- LASALLE RUIZ, José María. *John Locke y los fundamentos modernos de la propiedad*. Uni. Carlos III. Dykinson, Madrid, 2001.
- LASKI, Harold J., *El liberalismo europeo*. Fondo de Cultura Económica, México, 1988.
- LA TORRE, Massimo, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*. Giuffrè. Milán, 1996.
- LAIN ESCANDELL, Bru. *Democracia y propiedad en el republicanismo de Thomas Jefferson y Maximilien Robespierre*. Teis doctoral. Universidad de Barcelona, Julio 2016
- LANDAUER, C. *European Socialism: A History of Ideas and Movements*, 2 vol. Berkeley y Los Ángeles. Un of California Press, 1959.
- LEDESMA URIBE, JJ.- *Buscando la intimidad del concepto de "Ius"*. En *Cultura Jurídica*, nº 1. Unam. 2010.
- LEGAZ LACAMBRA, L, *Filosofía del Derecho*, 5ª edición, Barcelona, Bosch, 1979
- LEGAZ LACAMBRA, Luis. "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre". En *Revista de Estudios Políticos* nº 55. Madrid, 1951.
- LICHTHEIM, Goerge. *Breve historia del socialismo*. Alianza Editorial, Madrid, 1990.
- LINDHAL, E. *Position and Change*. Dordrecht, 1977,
- LIONS, M. "Los grandes principios de 1789 en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". En *Bicentenario de la Revolución Francesa*. Ed UNAM. México, 1991
- LIPP. M.- *Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts*. Duncker & Humblot, belín, 1980.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. (Traducción de Carlos Mallizo). Madrid, Ed. Alianza Editorial.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Ed Aguilar, Madrid, 1980

- LÓPEZ PINA, A. "La autonomía privada y los derechos fundamentales", en UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 145-173.
- LORENTE, Marta y VÁZQUEZ, Lidia. Introducción a "*Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios: de Emmanuel Sieyès*", Alianza Editorial, Madrid, 2012.
- LORENTE, Marta. "Reflexiones sobre la Revolución", en *Historia de la Teoría Política*. Tomo 3.- Coord. Fernando Vallespin. Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- McPHEE, Peter, *La Revolución Francesa. 1789-1799*. Ed Crítica. Barcelona, 2003.
- MaCCORMICK. "Chikdren's Rights: A Test Case for Thoeries of Right" *ARSP*, 62, 605-17.
- MACIÁ MANSO, Ramón, *Doctrinas Modernas Iussfilosóficas*. Ed. Tecnos, Madrid, 1996.
- MAC INTYRE, A., *Tres versiones de la ética*. Ed Rialp., 1992.
- MÁIZ, Ramón.: *Nación y revolución: la teoría política de Emmanuel Sieyès*. Ed. Tecnos, Madrid, 2007.
- MARAVALL, José Antonio, *Estado moderno y mentalidad social*. Ediciones de la Revista de Occidente, Madrid, 1972.
- MARINA, José Antonio, *El vuelo de la inteligencia*. Debolsillo, Barcelona, 2000.
- MARX, Karl. *Sobre la cuestión judía Anthropolos*. Madrid, 2013
- MERKEL, Adolfo. *Enciclopedia Jurídica*. Ed Reus, Madrid, 1924.
- MONTORO, Alberto, *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógica*. Universidad de Murcia, 1983.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*. Ed Ariel, Barcelona, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, "Los derechos sociales", en M. Carbonell, J.A. Cruz Parceroy y R. Vázquez (comps). *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I. Ed Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986
- OCCAM, Guillermo de, *Sobre el gobierno tiránico del Papa*. Tecnos,
- OTTE, Gerhard- *Das Privatrecht bei Francisco Vitoria*. Böhlau, Köln-Graz, 1964.Madrid, 1992.
- PAINE, Thomas. *Derechos del Hombre*. Alianza Editorial. Barcelona, 1984
- PÁRAMO, Juan Ramón de, "Derecho subjetivo" en *El Derecho y la Justicia*" (ed) Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta. Ed. Trotta, Madrid, 1996.
- PAREJO ALFONSO, L. "Estado y proceso de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación". En *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. Núm.33, diciembre, 2015.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A. *Derecho Natural*. Ed Aguilar. Madrid. 1972
- PECES-BARBA, G, FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ASIS ROIG, Rafael de, *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I y II: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI, XVII y XVIII*. Dykinson, Madrid, 2001.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. "Los textos de la Revolución Francesa", en *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo II, Volumen III*. Ed Dykinson. Madrid, 2001.
- PECES-BARBA, G. *Derechos Fundamentales*. Ed Latiina Universittaria. Madrid, 1980.
- PECES-BARBA, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III- BOE, Madrid, 1995.

- PECES-BARBA, Gregorio, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Ed. Mezquita, Madrid, 1982.
- PECES-BARBA, G. y otros. *Derecho positivo de los derechos humanos*. Ed Debate, Madrid, 1987
- PÉREZ ECHEVERRÍA, Javier. "Hugo Grocio: La Guerra por medio del derecho", en *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 16, nº 32. Segundo semestre de 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique; *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*. Ed. Trotta, Madrid, 1992.
- PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, 1996,
- PLATÓN, *Diálogos*, Tomos I, II y V. Biblioteca Básica Gredos. Madrid, 2000.
- POCOCK, J.G.A. *The Ancient Constitution and Feudal Law*; Cambridge. Cambridge University Press, 1987,
- POLANY, K. *The Great Transformation*. Beacon Press, Boston, 1957
- PRIETO, Fernando, *Manual de Historia de las Teorías Políticas*, Unión Editorial, Madrid, 1996.
- PURCELL, F., "La Revolución Norteamericana y las tensiones interpretativas en su historiografía reciente", en la *Revista de Historia Iberoamericana*, 2008, Vol, 1, Núm 1,
- RAZ, J. *The Morality of Freedom*. Clarendon Press, Oxford, 1989.
- REY PÉREZ, J. Luis. "La naturaleza de los derechos sociales", en *Derechos y Libertades*, nº 16, época II, enero 2007, Madrid.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino. ""La doctrina del derecho natural de Hugo Grocio en los albores del pensamiento moderno"". *Persona y Derecho*, 26 (1992)
- RODRIGUEZ PANIAGUA, J.Mª. "Derecho Constitucional y Derechos humanos en la Revolución norteamericana y francesa", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 19.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, J Mª. "El deber jurídico y la obligación de obediencia al derecho" en *XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social: Obligatoriedad y derecho*: del 28 al 30 de marzo de 1990, 1991, ISBN 84-7468-484-6, págs. 443-458
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ J., *La razón de los derechos*. Ed Tecnos, Madrid, 1995
- ROMMEN, H., *La teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco de Vitoria*, Madrid, 1951.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Alianza Universidad. Madrid, 1982.
- RUDÉ, George. *Europa en el siglo XVIII*. Ed Altaya. Barcelona, 1998
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. "La relación jurídica como concepto metodológico." *Foro*. Nueva época, 11-12/2010.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. "Relación jurídica y situación jurídica, conceptos que configuran derechos subjetivos y razones jurídicas", en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*. Nº. 2011, 2011
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. (Coord) "Sistematización de las libertades en las relaciones jurídicas", en *La Relación Jurídica*. Ed Dykinson, Madrid, 2012

- SANTOS FONTELA, F. "Introducción" en *Derechos del Hombre*. De Thomas Painea. Alianza Editorial. Barcelona, 1984
- SARAH BILDER, Mary. "Colonial Constitutionalism and Constitutional Law." In *Transformations in American Legal History: Essays in Honor of Morton J. Horwitz*. Alfred L. Brophy and Daniel W. Hamilton, eds., Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SAUCA, J.M. "Los conceptos jurídicos fundamentales" en *Curso de Teoría del Derecho*. Coordinado por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. Ed Marcial Pons, Madrid, 1999
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit, 1840, 2ª reimpresión Aalen, Scientia 1981),
- SERRANO, Enrique. *La Teoría Aristotélica de la Justicia*. En ISONOMÍA, nº 22/ abril 2005. Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2005
- SIEYÈS, J.E. *¿Qué es el Tercer Estado?, Ensayo sobre los privilegios*. Alianza Editorial, Madrid, 2015
- SIEYÈS, Emmanuel. *Ensayo sobre los Privilegios*. Primera Edición Cibernética 2005; (http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/politica/privilegios/privilegios.html).
- SOLARI. *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*. Guida Editori, Napoli, 1974, pág 530.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, núm 71. Madrid, 1991.
- TITOS LOMAS, Francisco. *La Filosofía Política y Jurídica de Francisco de Vitoria*. Ed Cajasur, Córdoba, 1991.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Alianza Editorial, Barcelona, 2004.
- TOUCHARD. Jean. *Historia de las Ideas Políticas*, Vol I y II. Círculo Universidad. Barcelona, 1990.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. 2 volúmenes. Alianza Universidad
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los Derechos Humanos*. Ed Tecnos. Madrid, 1994.
- THIEME, Hans. "La significación de la Escolástica española tardía para la historia del Derecho Natural y del Derecho Privado", en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1969 y 1979, nº XVII, págs 61 y siguientes ad. Madrid, 1989.
- THORNE, S.A. "Dr- Bonhams's Case" en *Law Quarterly Review*, nº CCXVI, octubre, 1938
- TROPER, M. "Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1789." *Derechos y Libertades*, nº 8.
- TUCK, R. *Natural Rights Theory. Their origin and development*, Cambridge University Press, 1981.
- ULLMANN, Walter, *Historia del pensamiento político en la Edad Media*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, Rebeca. "Organización política y cuestión religiosa en las colonias inglesas de Norteamérica: los casos de Virginia y Maryland". *Revista de Estudios Políticos*, nº 149. Madrid, 2010
- WHITE, M. *The Philosophy of American Revolution*, New York, Oxford University Press, 1978
- VILLEY, Michel.

- *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed. Montchrestien. París, 1968.
- *La formation de la pensée juridique moderne*, Ed. PUF, París, 2003
- "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'occam" en *Seize essais de Philosophie du droit*. Ed. Dalloz, París, 1962.
- *Leçon d'histoire de la philosophie du droit*. Montchrestien. París, 1952.
- *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*. Domat-Montchrestien, París, 1945.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada.
<http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>
- WALDRON, J. *Theories Of Rights*, Oxford University Press, 1984.
- WENCES SIMÓN, M^a Isabel. *En torno al origen del concepto moderno de sociedad civil (Locke, Ferguson y Hegel)*. Ed Dykinson. Madrid. 1998.
- WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*. Traducción de F. Fernández Jardón. Madrid, 1957.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a M.
- WOLF, H.J.- *La Historia del Derecho griego: su función y posibilidades*. Texto pronunciado en varias universidades españolas en noviembre de 1975. Una versión inglesa de ésta se publica bajo el título *Greek Legal History. Its functions and potentialities*. Washington University Law Quarterly (St Louis, Missouri, USA)